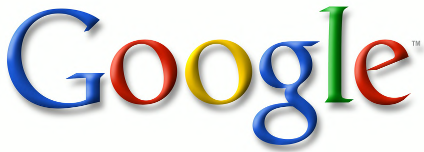
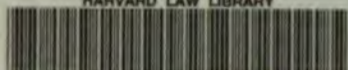
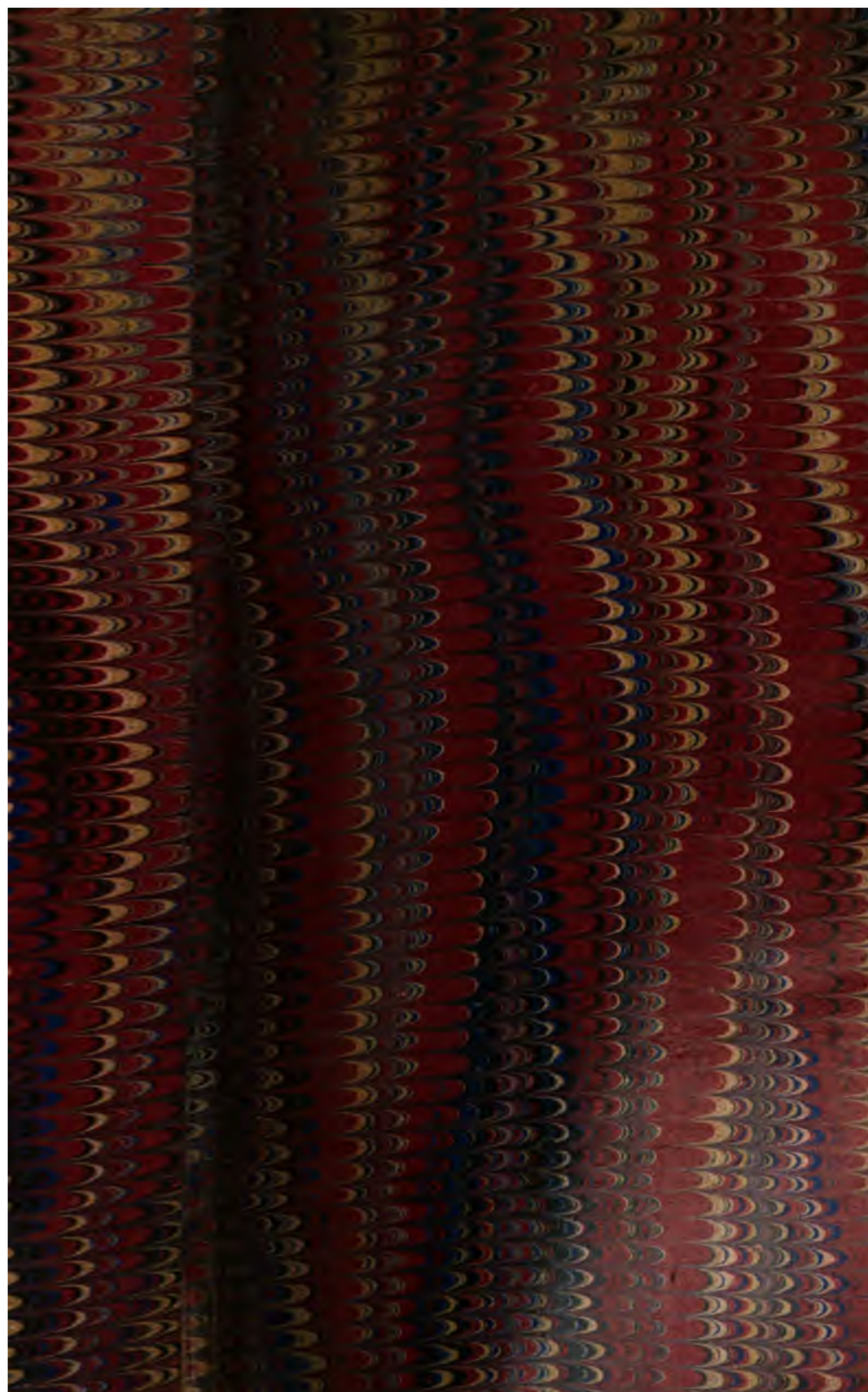






France

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

8259 77. — CORBEIL. Typ. et stér. de CRÉTÉ.

COURS ÉLÉMENTAIRE

DE

DROIT ROMAIN

CONTENANT

L'EXPLICATION MÉTHODIQUE DES INSTITUTES DE JUSTINIEN

ET DES

PRINCIPAUX TEXTES CLASSIQUES

POUR LA PRÉPARATION AUX EXAMENS

DE BACCALAURÉAT, DE LICENCE ET DE DOCTORAT EN DROIT

PAR

E. DIDIER PAILHÉ

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

PARIS

LAROSE, LIBRAIRE-ÉDITEUR

22, RUE SOUFFLOT, 22

1878

A

M. CHARLES GIRAUD

MEMBRE DE L'INSTITUT

INSPECTEUR GÉNÉRAL DES FACULTÉS DE DROIT

Un ancien élève,

E. DIDIER PAILHÉ

PRÉFACE

C'est pour les étudiants que ce livre fut écrit; les savants n'en avaient pas besoin. Une rapide explication de mes vues et de mon plan est peut-être indispensable.

Entre deux espèces différentes d'ouvrages, j'ai voulu combler une lacune et prendre le milieu.

Depuis une quarantaine d'années, le droit romain a donné naissance dans nos écoles à plusieurs traités en deux volumes. Dus pour la plupart à des maîtres illustres, ils défient encore toute comparaison, et je n'ai jamais songé à refaire ce qui est bien fait. Mais faut-il en convenir ? Ma courte expérience de la vie scolaire m'a bien vite révélé dans ces œuvres de longue haleine un défaut inattendu. C'est qu'en attirant les uns, elles effarouchent les autres. Il n'y a que les altérés de science qui viennent boire à ces sources abondantes, et trop de jeunes gens craignent de s'y noyer. La jeunesse n'est point parfaite.

Où vont alors les timides et les hésitants? Ils aperçoivent autour d'eux, entre les mains de leurs camarades, derrière les vitrines des libraires, de minces abrégés complaisants et faciles dont je ne discute pas le mérite, et qui peuvent sans doute, à la veille d'un examen, avoir aussi leurs heures d'utilité. Je veux parler des *manuels*, puisqu'il faut enfin les ap-

peler de leur nom. Faute de courage où de force pour une entreprise plus ardue, on s'abandonne à ces guides indulgents, qui sortent par là de leur véritable rôle d'auxiliaires. On ne leur demande que ce qu'ils sont à même de donner, c'est-à-dire les premiers rudiments de la doctrine; on s'en pénètre tant bien que mal, et qui sait? peut-être se prend-on dès lors pour un romaniste.

Si ce tableau est vrai, il justifie ma tentative. Faire un livre qui pût suffire aux vaillants sans décourager les faibles, dérouler sous une forme nette et précise les grands principes et leurs exceptions capitales, esquisser l'ensemble de la législation de Rome dans un ordre à peu près méthodique et dans un cadre à peu près régulier, telles ont été mes vues. Je n'ai rien omis des matières comprises dans le programme universitaire, en mesurant la longueur des détails sur l'importance des sujets.

Quant à mon plan, il tient dans quelques mots. Destiné à l'usage des Facultés de droit, cet ouvrage est nécessairement un commentaire des Institutes de Justinien et des textes classiques qu'on y rattache d'habitude. Mais il n'en contient pas la reproduction latine; c'est à dessein que je l'en ai proscrite. Car elle eût fait double emploi avec les recueils si commodes et depuis longtemps connus, dont l'acquisition est nécessaire toujours et quand même, et qui ont le grand avantage de joindre à la compilation élémentaire de Justinien d'autres précieux monuments de la jurisprudence antique, comme les *Institutiones* de Gaïus, les *Regulæ* d'Ulpien, les *Sententiæ* de Paul, les *Fragmenta Vaticana*, etc. Ces collections, réunies et pour ainsi dire condensées dans un petit volume portatif, sont un *vade mecum* infiniment utile à l'étudiant (1); il ne négligera pas de frayer même avec le *Corpus*

(1) Je recommande particulièrement le *Manuale synopticum* de M. Pellat ou le *Novum Enchiridion* de M. Giraud.

juris, s'il a le généreux souci d'aller loin sur la route. Je me suis donc fait un devoir de marquer, au début de chacun de mes chapitres, le titre des Institutes qui en est l'objet, et je donne, à la fin des plus importants paragraphes, l'indication succincte des fragments de jurisconsultes, des lois du Digeste ou des Constitutions du Code qui les appuient et les confirment.

J'ai suivi d'aussi près que possible la marche de Justinien. Il m'a paru néanmoins préférable de m'en écarter une fois. Mon œuvre se divise en trois grandes parties: la première, relative aux personnes, et la troisième, relative aux actions, ne sont que l'explication des livres I et IV des Institutes, et n'en modifient aucunement le système général. La deuxième est le développement des livres II et III des Institutes; consacrée au patrimoine, elle appelle irrésistiblement une triple subdivision. Car il y faut examiner d'abord les deux éléments constitutifs du patrimoine, qui sont les droits réels et les obligations ou droits de créance, pour arriver ensuite à ses modes de transmission, qui sont principalement les successions testamentaire et légitime. Or les commissaires de Justinien, par une fatale inadvertance héritée de Gaïus et perpétuée jusqu'à notre Code civil, ont brouillé ces notions si claires et bouleversé cet ordre si normal, en intercalant comme à plaisir les successions entre les droits réels et les droits de créance. Malgré l'étrange autorité que lui ont donnée les siècles, cette erreur de méthode est toujours regrettable et parfois dangereuse; elle peut jeter une irréparable confusion dans les esprits novices et qui répugnent aux idées synthétiques. J'ai donc eu l'audace aisément pardonnable de secouer le joug d'une mauvaise tradition. Après les droits réels, je traite des obligations ou droits de créance, et l'exposé des successions vient à sa place rationnelle, c'est-à-dire en troisième lieu. Ce procédé n'a que des avantages

pour les candidats au premier examen de licence ou de doctorat, puisque leurs études portent sur l'ensemble de la loi romaine, et que cet aspect nouveau leur en découvrira mieux l'imposante harmonie. Pour les élèves de première année, dont le programme embrasse les théories des personnes, des droits réels, des donations et des testaments, aucun inconvénient n'est à redouter. Car mon *Cours* n'a qu'un volume ; en conséquence, parvenus à la fin des donations, ils passeront par-dessus les obligations pour atteindre d'un bond les testaments ; ce n'est là pour eux qu'une affaire de table à consulter, de feuilles à tourner et de pages à franchir.

Voilà ce que j'ai voulu faire ; on verra ce que j'ai fait. Mes vœux seront comblés, si j'ai pu faciliter aux étudiants l'accès de cette noble science du droit romain, qui a l'abord austère et rude, comme tout ce qui est haut. A peine sorti des rangs de la jeunesse des écoles, je sens encore ses besoins, et je la sers parce que je l'aime. C'est avec bonheur que j'ai travaillé pour elle du cœur et de l'esprit.

PRÉLIMINAIRES

DÉFINITION ET DIVISIONS DU DROIT ROMAIN.

(*Inst.* I., t. I, II.)

1. Le droit romain est l'ensemble des lois qui ont régi le peuple romain à toutes les époques. Pour les jurisconsultes modernes, qui ne peuvent le considérer que sous le rapport historique, il embrasse particulièrement l'immense période des Douze Tables à Justinien, en atteignant son apogée aux deuxième et troisième siècles de notre ère.

Première division, d'après les intérêts qu'il règle. — Une division fondamentale du droit romain le partage en droit public et droit privé (*Inst.* I, t. I, p. 4).

Le droit public est réduit par les Romains aux trois termes suivants : *sacra*, *sacerdotes*, *magistratus*. *Sacra*, c'est la détermination officielle des dieux et de leurs cultes ; *sacerdotes*, c'est l'organisation des divers sacerdoces ; *magistratus*, c'est le règlement des magistratures, avec leurs modes de recrutement et leurs attributions. Restent en dehors de ce cadre : 1° le droit des gens international, que Rome n'a pas connu; 2° le droit administratif, qu'elle fit rentrer, partie dans le droit public, partie dans le droit privé ; 3° le droit criminel, qu'il faut sans doute classer à part, comme une branche distincte de toutes les autres ; les Institutes, le Digèste et le Code lui consacrent des livres ou titres spéciaux.

Le droit privé a pour fonction essentielle de régler les relations des particuliers entre eux. Par le fond et par la forme, par la méthode et par l'équité, il est infiniment supérieur au droit public chez les Romains. Les Institutes, si ce n'est au dernier titre du livre IV, se renferment dans l'exposition du *jus privatum ;* il sera seul étudié dans cet ouvrage.

Deuxième division, tirée de l'étendue de son application. — Justinien subdivise le droit privé en *jus naturale, jus gentium* et *jus civile* (*Inst.* I, t. I, p. 4; t II, pr.).

Mais on doit retrancher le premier terme de cette subdivision tripartite. Les Institutes, en effet, entendent par *jus naturale* un droit applicable aux animaux aussi bien qu'aux hommes, *quod natura omnia animalia docuit.* Or il est évident que Justinien confond ici les lois de la nature, nécessaires et généralement irrésistibles, avec les lois sorties de l'esprit humain, destinées à l'homme seul, et qu'il observe ou viole à ses risques et périls. Les premières appartiennent aux sciences naturelles; la science du droit ne s'occupe que des secondes. Les Romains l'ont si bien senti, que nombre de textes, et les Institutes elles-mêmes, considèrent ailleurs les locutions de *jus naturale* et *jus gentium* comme équivalentes et synonymes (*Inst.* II, t. I, p. 11).

Le droit privé ne peut donc se partager qu'en *jus gentium* et *jus civile.* On appelle *jus gentium* les règles que les tribunaux romains appliquent et sanctionnent sans différence entre les citoyens et ceux qui ne le sont pas; on appelle *jus civile* les règles qu'ils ne doivent appliquer et sanctionner qu'entre les citoyens. Il est certain d'ailleurs qu'on eut moins de répugnance à rendre accessibles aux étrangers les institutions en quelque sorte cosmopolites, c'est-à-dire qui se retrouvent dans toutes les législations, et que Rome réserva de préférence aux Romains ses institutions nationales (Gaius, I, 55; II, 65 ; III, 93).

L'expression *jus civile* a quelquefois une autre portée; elle signifie suivant les cas : 1° tout droit autre que le droit public ou criminel; elle est alors synonyme de *jus privatum*, et c'est là son acception la plus ordinaire chez nous; 2° tout droit autre que le droit honoraire ou prétorien, c'est-à-dire organisé par les magistrats investis de la *jurisdictio;* 3° le droit introduit par l'action des jurisconsultes; ce dernier sens est le plus technique.

Troisième division, tirée de son mode de formation. — Le droit privé se subdivise en *ius scriptum* et *jus non scriptum.* Cette subdivision, qui est de tous les temps et de tous les lieux, n'implique aucunement la distinction matérielle de règles qui seraient toujours écrites et d'autres qui ne le seraient jamais (*Inst.* I, t. II, p. 3, 10).

Le *jus non scriptum* est le droit non promulgué, formé peu à peu

par la coutume. Entre autres institutions qui lui appartiennent à Rome, il faut signaler les théories remarquables de l'exhérédation des *sui heredes*, de la substitution pupillaire, du testament inofficieux et de la nullité des donations entre époux.

Le *jus scriptum* est le droit formulé par une autorité qui en a le pouvoir, et promulgué régulièrement à certaine date. Il dérive de sources diverses, suivant les pays et les époques. A Rome, il se constitue par six procédés : 1° la loi, *lex;* c'est la décision prise, sur la proposition du roi ou d'un *magistratus senatorius*, par tous les citoyens, patriciens ou plébéiens, réunis dans les comices-curies ou dans les comices-centuries; il y a donc deux espèces de lois, dont la seconde est de beaucoup prédominante, *leges curiatæ* et *leges centuriatæ;* 2° le plébiscite, *plebiscitum;* c'est la décision prise, sur la proposition d'un tribun, dans les comices-tribus, soit à l'origine par les seuls plébéiens, soit par le peuple tout entier depuis une loi Hortensia qui la rendit, en 467 de Rome, obligatoire pour les patriciens eux-mêmes; 3° le sénatus-consulte, *senatus-consultum;* c'est la décision prise par le Sénat; cette source du droit se développa surtout aux temps de l'Empire, après la disparition effective des comices; 4° les constitutions impériales; elles ont leur plus grand essor depuis Dioclétien; on distingue d'une part les *edicta*, dispositions émanées de l'initiative de l'empereur, générales et pour l'avenir, d'autre part les *decreta*, jugements rendus par l'empereur, et les *rescripta*, réponses adressées à des magistrats, juges ou particuliers, qui consultent l'empereur sur un point de droit embarrassant; ces décrets et rescrits n'eurent d'abord force de loi qu'en vertu d'une disposition formelle du prince; mais elle leur fut attachée en principe par Justinien; 5° l'*édit* des magistrats, surtout des préteurs; c'était l'exposé qu'ils faisaient, à leur entrée en charge, de la façon dont ils appliqueraient la loi; progressivement améliorés et maintenus dans leurs éléments principaux, ces édits finirent par former à la longue un enchaînement de pratiques et de doctrines qui constitua le droit prétorien; ils passèrent du domaine de la coutume dans le domaine du *jus scriptum*, lorsque le jurisconsulte Julien les condensa dans un recueil célèbre sous le nom d'*Edictum perpetuum;* ce fut sur l'ordre d'Adrien, qui confirma cette œuvre par un sénatus-consulte et l'investit de l'autorité légale; 6° les réponses des prudents, *responsa prudentûm;* ce sont les décisions

des jurisconsultes officiels, c'est-à-dire favorisés par l'empereur du *jus respondendi publicè*, faculté de donner des consultations en son nom; imaginé par Auguste, ce privilége devient à l'époque d'Adrien une source du droit; en effet, à partir de ce prince, les réponses des privilégiés lient le juge, pourvu qu'elles soient unanimes et ne heurtent pas des textes formels. Mais depuis Théodose le Jeune, les jurisconsultes officiels perdent leur pouvoir de législateurs et redeviennent de simples interprètes (*Inst.* I, t. II, p. 4-9).

Cette distinction entre le droit écrit et le droit non écrit n'a pas d'importance pratique, parce que la force obligatoire du droit reste la même dans tous les cas. En revanche, l'intérêt philosophique en est grand; car la coutume, sortie des entrailles mêmes de la nation, serait la meilleure des manifestations de la loi, si la constatation n'en offrait d'inextricables difficultés. Mais fût-elle un jour ou l'autre confiée à l'écriture, elle n'en conserve pas moins le nom de *jus non scriptum;* au contraire, le droit promulgué s'appelle *jus scriptum*, n'eût-il jamais été ni écrit ni gravé.

Quatrième division, tirée de son objet. — Des trois divisions précédentes, aucune ne peut servir de cadre à ce livre. La première est trop générale, puisqu'il ne s'agit ici que du *jus privatum*. Les deux autres amèneraient à rechercher, dans chaque sujet de droit privé, la part du *jus gentium* et du *jus civile*, du *jus scriptum* et du *jus non scriptum;* ce serait la dislocation de toutes les matières, la confusion et le chaos.

Aussi Gaius et Justinien suivent-ils une méthode qui a fait fortune, et que s'est appropriée notre Code civil. D'après une classification naturelle des objets du droit, ils le partagent en trois parties, relatives aux personnes, aux choses, aux actions : *Omne autem jus quo utimur, vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet* (Gaius, I, 8; *Inst.* I, t. II, p. 12).

Dans la rigueur spéculative, cette division n'échappe pas à la critique; car il est incontestable que le droit a les personnes pour objet unique, puisqu'il n'examine dans les choses que leurs rapports légaux avec les personnes; Justinien le fait lui-même observer, *parum est jus nosse, si personæ, quarum causa statutum est, ignorentur*. Mais si l'on veut aller au sens raisonnable des mots, on reconnaîtra que ce classement n'a rien de contraire à la vérité pratique.

En effet, l'étude des personnes les envisage, abstraction faite de leurs relations avec les choses, dans leur état et capacité, c'est-à-dire dans leur situation de nationalité et de famille.

L'étude des choses nous les montre dans leurs relations avec les personnes, qui sont investies sur elles de droits immédiats, comme la propriété, ou médiats, comme les créances. En d'autres termes, nous y voyons presque toutes ces choses devenir des *biens*.

Enfin l'étude des actions est le complément nécessaire des deux autres ; elle suppose méconnus les droits précédemment étudiés, et trace les voies à suivre pour en obtenir l'exécution.

En s'élevant de ce point de départ à la conclusion générale, il faut dire que la théorie des personnes a pour objet les droits pécuniairement inappréciables de *nationalité et de famille;* la théorie des choses a pour objet les droits appréciables en argent et constitutifs *du patrimoine;* la théorie des actions a pour objet la sanction judiciaire de tous ces droits. Suivant l'énergique formule d'un ancien commentateur : *Omne jus redditur personis, de rebus, per actiones.*

Telles seront les trois grandes parties de ce livre.

PREMIÈRE PARTIE

THÉORIE DES PERSONNES. — DROITS INAPPRÉCIABLES EN ARGENT.

(*Inst.* I., t. III à XXVI.)

2. Dans un sens originaire, *persona* désigne le masque des acteurs, percé d'une ouverture pour donner passage à la voix en la grossissant (*personare*).

Dans une acception voisine de ce premier sens, *persona* désigne un rôle joué dans la société : par exemple, on est esclave ou libre, père de famille ou fils de famille, tuteur ou pupille, etc. A ce point de vue, on peut avoir plusieurs *personæ;* car on peut être en même temps libre, père, tuteur, etc. La personne ne constitue pas alors une réalité concrète, mais une abstraction légale, une qualité productive de tels ou tels effets juridiques.

Enfin dans sa portée normale, *persona* désigne tout être capable de devenir le sujet actif ou passif d'un droit. La personne ainsi comprise peut être réelle ou morale.

Quant aux personnes morales, elles ne sont que fictives et de création légale; telles les cités, et sous Justinien les églises. Dans les Institutes, aucun texte ne les concerne : il faudra donc se borner à la constatation incidente et rapide de leurs principales règles.

La personne réelle, c'est la personne physique. Elle ne compte pour telle en droit, que du moment de sa naissance au moment de sa mort, si ce n'est dans les cas exceptionnels où les Romains appliquent le célèbre brocard qui règne chez nous : *infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur.*

3. Le fond et l'essence même de la théorie des personnes ou *jus personarum*, c'est l'étude de leur état. Or la plénitude d'état d'une personne suppose trois éléments : la liberté, la cité, la famille; *status libertatis, status civitatis, status familiæ*. Ces trois éléments sont entre eux dans un tel rapport, qu'on ne peut avoir le *status familiæ* sans

les deux précédents, ni le *status civitatis* sans le premier; le *status libertatis* est donc la base nécessaire des autres, et quiconque ne l'a pas ne saurait compter au nombre des personnes. En résumé, l'état des personnes est susceptible de trois degrés; il paraît donc logique d'en renfermer l'étude dans ce cadre de la liberté, de la cité et de la famille, avec les règles et les institutions qui leur sont corrélatives.

Justinien présente deux grandes divisions des personnes, l'une et l'autre absolument générales, mais qui s'écartent en apparence du point de départ précédent. Il distingue : 1° les personnes libres et les personnes esclaves; 2° les personnes *alieni juris* et les personnes *sui juris* (I, t. III, t. VIII).

Chacune de ces divisions comprend les esclaves, qui manquent pourtant du plus indispensable élément de la personne, le *status libertatis*. C'est une première protestation de la nature, plus forte que la loi, contre la rigueur artificielle qui leur infligeait le nom et la qualité de choses. Leur personnalité humaine s'imposait et s'inscrivait d'elle-même dans les classifications.

PREMIÈRE DIVISION

PERSONNES ESCLAVES OU LIBRES.

(*Inst.* I., t. III à VII.)

Dans le langage du droit, mal à propos abandonné par les Institutes pour un essai de définition philosophique, la liberté consiste à n'être la propriété de personne, et l'esclavage est l'état de l'individu qui a un propriétaire (*Inst.* I, t. III, p. 1).

CHAPITRE I

DES ESCLAVES.

(*Inst.* I., t. III, IV, VIII.)

4. L'esclavage était un des principaux ressorts des sociétés antiques; il se lie spécialement à toutes les idées des Romains en

matière politique, économique et civile; on ne peut donc espérer de connaître l'histoire, les mœurs et le droit de Rome, sans apprécier ses théories relatives à la *servitus*.

Les Romains constataient eux-mêmes que l'esclavage est une violation de la nature, *contrà naturam;* comment donc l'ont-ils admis? On en propose deux raisons, qui sont l'une et l'autre de purs sophismes; la première suppose au vainqueur le droit de tuer ses captifs, d'où résulterait que l'esclavage est un bienfait pour les prisonniers qu'il sauve de la mort; la seconde attribue au vainqueur la propriété de ses captifs comme de leurs biens, d'où résulterait qu'il peut s'arroger légitimement le monopole de leurs services. Nous n'insisterons pas sur ces prétendues justifications d'un état injustifiable (*Inst.* I, t. III, p. 2-3; II, t. I, p. 17).

SECTION PREMIÈRE

CONSTITUTION DE L'ESCLAVAGE.

5. On divise les modes d'établissement de l'esclavage en deux classes: les uns du droit des gens, les autres du droit civil.

§ I

Modes du droit des gens.

Les causes d'esclavage du droit des gens sont la *captivité* et la *naissance*. On les rattache au droit des gens, parce que la captivité rend tout aussi bien un Romain esclave des étrangers qu'un étranger esclave des Romains, et parce que la femme esclave transmet partout sa condition à ses enfants. Ces deux causes d'esclavage sont d'ailleurs les plus fécondes et les plus anciennes; nous avons même vu dans la captivité le cas le plus simple et la première source de la servitude.

6. **Captivité.** — La captivité produit l'esclavage, soit en temps de paix, soit en temps de guerre. Les Romains distinguaient deux catégories d'étrangers. Envers les uns, qu'ils appelaient *barbari*, ils ne reconnaissaient que le droit du plus heureux, et les prisonniers réciproquement faits, même en temps de paix, étaient légalement esclaves. Envers les autres, qu'ils appelaient *peregrini* durant la paix et *hostes* durant la guerre, il existait un droit plus correct, motivé

par la parenté des races ou par des souvenirs d'alliance ; l'esclavage ne pouvait à leur égard résulter que de la captivité survenue dans le cours d'une guerre régulièrement déclarée. Par là s'expliquent les formalités et cérémonies préalables à l'ouverture des hostilités, et le fait incontestable que le prisonnier des pirates et des brigands, ou le captif d'une guerre civile, n'est pas esclave en droit.

7. **Naissance.** — Pour déterminer la condition originaire et natale d'un individu, la loi romaine applique deux principes généraux : 1° l'enfant, s'il est conçu d'un mariage légitime, suit la condition de son père, en tout autre cas celle de sa mère ; cette règle a de l'importance, lorsque les deux époux ne jouissent pas du même état juridique ; 2° la condition du père s'envisage au moment de la conception, parce que son œuvre est dès lors terminée ; la condition de la mère s'apprécie au jour de l'accouchement, parce que de sa vie dépend jusqu'alors la vie de l'enfant ; pour trouver l'intérêt de la règle, il suffit de supposer un changement apporté dans l'état juridique de l'un ou l'autre des parents, à quelque époque de la gestation. Ces deux maximes, communément applicables à toutes les questions d'état, doivent ici se combiner avec un troisième principe spécialement propre à notre théorie de l'esclavage ; 3° la faveur de la liberté déroge au droit commun (*Inst.* II, t. VII, p. 4, *in f.* ; Ulpien, V, p. 8, 10).

Éclaircissons cette doctrine par des exemples. La femme qui a conçu du mariage, c'est-à-dire en état de liberté, a beau accoucher en état d'esclavage ; l'enfant sera libre, comme l'était le père lors de la conception. Pareillement la femme qui a conçu esclave, mais qui accouche libre, met au monde un enfant libre. Naît enfin libre l'enfant d'une femme qui a joui de la liberté à une heure quelconque de la grossesse, eût-elle été esclave lors de la conception et de l'accouchement ; ainsi l'avaient décidé, sous l'impulsion généreuse d'Adrien, certains jurisconsultes dont l'opinion fut définitivement consacrée par Justinien. L'esclavage ne frappe donc à la naissance que l'enfant dont la mère, esclave à la conception, esclave à l'accouchement, n'a jamais été libre pendant la grossesse.

§ II

Modes du droit civil.

8. Dans le très-ancien droit romain, aux époques presque fabuleuses des rois et des Douze Tables, devenaient esclaves le citoyen réfractaire aux grands devoirs publics du service militaire et du cens, le débiteur que sa condamnation ne décidait pas à payer, le *fur manifestus* ou voleur pris en flagrant délit. Ces premières causes d'esclavage ne sont plus qu'un souvenir au temps classique.

Sous les jurisconsultes et les empereurs, on en relève quatre mieux connues :

1° L'empereur Claude tente de réagir contre le désordre des mœurs par un sénatus-consulte qui a gardé son nom, bien que des résistances en aient amené le renouvellement sous Vespasien. D'après le sénatus-consulte Claudien, la femme libre, consciente de sa condition, qui persistait dans des relations coupables avec l'esclave d'autrui, nonobstant trois sommations du maître, était acquise à ce maître, personne et biens ; ses enfants précédemment nés ou conçus restaient libres. Justinien supprima le Claudien (*Inst.* III, t. XII, p. 1).

2° Les condamnations à mort par le fer ou les bêtes, et la peine des travaux forcés dans les mines, entraînaient l'esclavage. Il prenait date du jour où la sentence devenait définitive par l'expiration du délai de l'appel ou le rejet de l'appel. Ces esclaves s'appelaient *servi pœnæ*. Justinien, dans l'intérêt religieux de la conservation du mariage, décida que le condamné aux mines resterait libre en droit (*Nov.* XXII, c. VIII).

3° L'ingratitude de l'affranchi envers son patron, diversement punie jusqu'à Commode, put en vertu d'une décision de ce prince motiver la perte de la liberté ; n'était admis à demander cette révocation que le patron qui avait affranchi son esclave spontanément et sans obligation ; il fallait une sentence du magistrat, rendue sur la constatation d'une ingratitude bien caractérisée, comme par un refus d'aliments ou des sévices matériels. Justinien a maintenu cette règle salutaire ; mais deux Constitutions d'Honorius et de Théodose l'avaient aggravée, en l'étendant aux rapports de l'affranchi avec les enfants du patron, ou du patron avec les enfants de l'affranchi (*Inst.* I, t. XVI, p. 1).

4° L'usage avait révélé le danger d'une curieuse supercherie. Deux fourbes se donnaient pour le maître et l'esclave, et l'un vendait l'autre; le prix une fois payé et partagé, le vendu réclamait sa qualité de libre; le double principe que la liberté est aliénable, et que l'état des personnes ne dépend pas des conventions privées, lui assurait un facile triomphe. Les lois générales de la vente ouvraient bien à l'acheteur ainsi évincé un recours en garantie contre le vendeur, et les préteurs lui accordaient contre le vendu une action au double du préjudice subi; mais il va de soi que les deux complices étaient le plus souvent insolvables. Aussi fut-il décidé, pour couper le mal par la racine, que l'acheteur deviendrait propriétaire du vendu; ce résultat demeura subordonné à quatre conditions; car en supposant la bonne foi de l'acheteur, la mauvaise foi du vendeur et du vendu, et le partage du prix entre les auteurs de la fraude, on exigeait de plus que le prétendu esclave eut vingt ans accomplis au moment du partage. Ce dernier cas de servitude, en vigueur sous l'Empire et dans le droit des Institutes, fut plus tard aboli par Léon le Philosophe (*Inst.* t. I, p. 4).

DEUXIÈME SECTION

CONDITION DES ESCLAVES.

Si l'esclavage a plusieurs causes, les textes posent en principe qu'il n'a qu'une forme; car entre personnes dépourvues de tout droit, on ne distingue aucun degré. Nous verrons néanmoins que cette proposition est trop absolue (*Inst.* I, t. III, p. 5).

§ I

Situation de l'esclave envers le maître.

Les rapports de l'esclave avec le maître se résument dans l'idée que l'un est propriétaire de l'autre; suivons les conséquences de cette propriété sur la personne et sur les biens.

9. **Pouvoirs du maître sur la personne.** — Le pouvoir du maître sur la personne de l'esclave a reçu, dans le cours de la loi romaine, d'importantes modifications dont les causes et les effets sont intéressants.

A l'origine, le pouvoir du maître est absolu; c'est le droit de vie

et de mort. Les premiers Romains n'abusaient pas de cette faculté redoutable; mais au temps des grandes conquêtes, les esclaves se recrutèrent parmi des nations de plus en plus lointaines et méprisées; il n'y eut pas de bornes aux cruautés de maîtres de plus en plus capricieux et corrompus. De là, protestations des philosophes et des patriotes, qui évoquèrent plus d'une fois l'ombre menaçante de Spartacus. L'honneur de la réforme appartient aux empereurs des deux premiers siècles de notre ère. Sans parler des modifications de détail inspirées à l'humanité d'Auguste, de Claude et d'Adrien, il faut signaler comme définitives les décisions d'Antonin le Pieux. D'une part, au maître qui tuait un esclave sans cause, fut infligée la même peine qu'au meurtrier de l'esclave d'autrui, c'est-à-dire la mort ou la déportation prononcée par une loi Cornélia; d'autre part, le maître qui maltraitait son esclave sans cause se vit désormais contraint à le vendre; le prix touché sauvegardait son intérêt, et comme il ne pouvait attacher au contrat de clause défavorable à l'esclave, ce dernier avait quelque chance d'entrer dans un meilleur avenir. Les deux Constitutions d'Antonin sont mentionnées aux Institutes; ce prince avait fait le pas essentiel, et les empereurs chrétiens n'eurent plus à régir que certaines hypothèses spéciales (*Inst.* I, t. VIII, p. 2).

Privé de son droit absolu, le maître garda néanmoins sur l'esclave une large faculté de correction. Il est à peine besoin de noter qu'il a toujours pu l'aliéner, le grever de droits réels, le revendiquer, le posséder, comme il faisait d'un bœuf ou d'un mulet.

10. **Pouvoirs du maître sur les biens.** — La propriété de l'esclave confère d'ailleurs au maître une prérogative capitale, qui ne s'est jamais atténuée comme la précédente, et dont la rigueur est aussi forte sous Justinien qu'au temps des Douze Tables. L'esclave ne saurait avoir de patrimoine, et tout ce qu'il acquiert par une voie quelconque est acquis au maître; lorsque son acquisition est de telle nature que le maître n'en peut profiter, elle ne se réalise pas. Il faudra déduire plus tard les conséquences de cette règle; mais on doit constater ici qu'elle empêche l'esclave de se racheter directement lui-même, c'est-à-dire de troquer son affranchissement contre un équivalent pécuniaire.

Du reste, s'il plaît au maître de confier ou de laisser à l'esclave l'administration et la jouissance de certaines valeurs, rien ne

l'en empêche; c'est là ce qu'on nomme le *pécule*. Mais il reste libre de la reprendre à son gré.

L'esclave n'est, on le voit, que l'organe ou l'instrument de son maître, et seulement pour acquérir.

§ II

Situation de l'esclave envers les tiers.

11. Les rapports de l'esclave avec les tiers, quoique dominés par la théorie de son anéantissement devant le maître, se ressentent néanmoins d'une certaine capacité personnelle, de fait plutôt que de droit, qu'on n'a pu lui nier. Le principe est bien, en effet, que l'esclave n'a pas de personnalité proprement dite; par exemple, il ne peut ni contracter mariage, ni figurer comme témoin dans un testament, ni agir en justice. Mais il a fallu céder à la force des choses sur quelques points. Ainsi l'union des sexes est admise et reconnue entre esclaves, sous le nom de *contubernium;* il en résulte une parenté véritable, une *cognatio servilis* que le droit a consacrée, notamment en y attachant un empêchement au mariage et même une certaine vocation héréditaire. Bien plus, il naît du délit de l'esclave une obligation civile, et de son contrat une obligation naturelle; dans les deux cas, ce lien obligatoire ne devient pratiquement efficace contre l'esclave qu'après sa mise en liberté, qui lui permet d'acquérir un patrimoine. Mais il arrive souvent que l'effet d'un tel contrat ou d'un tel délit rejaillit sur le maître, avant l'affranchissement, dans la jurisprudence civile ou prétorienne (*Inst.* I, t. X, p. 10; III, t. VI, p. 10; Gaius, IV, 77).

§ III

Conclusion générale.

12. Sous les traits précédents, l'esclave en droit romain est-il une personne? est-il une chose ?

Considéré dans ses relations avec le maître, l'esclave est une chose, *res;* car on le voit susceptible de propriété, passible de tout autre droit réel, donné en usufruit, en gage, frappé d'hypothèque, comme une bête de somme. Aussi les Romains le rangeaient-ils dans la classification des choses, parmi les *res mancipi*. Seulement il pouvait représenter pour son maître l'immense valeur de l'in-

telligence; il avait chance d'obtenir l'existence juridique par l'affranchissement, et les lois de la nature, qui font toujours éclater en quelque endroit les conceptions purement artificielles, amenèrent les empereurs à reconnaître son caractère d'homme, par des mesures protectrices. On le voit même classé dans les divisions des *personæ*.

Considéré dans ses relations avec les tiers, l'esclave paraît bien être une personne. Car, soit en acquérant pour son maître, soit en s'obligeant pour son compte, il est admis à figurer comme partie dans la plupart des actes juridiques; il joue un rôle, *persona*, dans le drame du droit. Il ne faut donc pas accepter sans réserves l'assimilation qu'on a coutume d'établir entre les esclaves et les choses.

Il est à peine utile de rappeler que la volonté du maître pouvait créer et supprimer entre les esclaves des différences de fait, suivant leurs aptitudes et ses fantaisies. Même au point de vue du droit, on met à part : 1° les *servi publici*, esclaves compris dans le domaine public de l'État; généralement attachés au service des magistrats ou des temples, ils jouissaient de plus que les autres de la faculté d'avoir un patrimoine, puisqu'ils pouvaient disposer par testament de la moitié de leurs biens; 2° les *servi sine domino*, esclaves qui n'appartenaient à personne, tels que les *servi pœnæ* et les *servi derelicti* par leurs maîtres; ils étaient au-dessous du niveau commun; car ils ne pouvaient réaliser aucune acquisition au bénéfice de personne (*Ulp.* XX, 17).

CHAPITRE II

DES LIBRES.

(*Inst.* I., t. IV, V, VI, VII.)

Les personnes libres se subdivisent de deux façons : 1° en ingénus et affranchis; 2° en citoyens et pérégrins. Le développement naturel du *status libertatis* conduit à traiter d'abord des ingénus et des affranchis.

PREMIÈRE SECTION

INGÉNUS ET AFFRANCHIS.

13. L'ingénu est la personne qui est née libre, et qui n'a jamais cessé de l'être ; l'affranchi est la personne libérée d'un esclavage légal, *justa servitus*. Notre subdivision revient donc à distinguer deux classes de personnes libres, celles qui l'ont toujours été, et celles qui ont été esclaves. De là deux règles : (*Inst.* I, t. IV, pr., t. V, pr.)

1° *Quiconque est affranchi a été esclave ;* sous le droit classique, le sénatus-consulte Claudien dérogeait à ce principe, en considérant comme affranchie la femme même ingénue qui vivait *in contubernio* avec l'esclave d'autrui, de l'assentiment du maître (Tacite, *Ann.* XII, 53).

2° *Quiconque est ingénu n'a pas été esclave ;* signalons une exception célèbre, connue sous le nom de *jus postliminii;* le captif échappé à l'ennemi, et revenu définitivement sur la terre romaine, est censé n'avoir jamais passé par l'esclavage, et recouvre rétroactivement tous les droits de nationalité, de famille ou de patrimoine, qui n'avaient pas besoin d'être soutenus par son fait ; les jurisconsultes ont tiré bien des conséquences de cette fiction légale.

Dans ces termes, la seule question qui se pose à l'égard de l'ingénu est de savoir comment un enfant naît libre ; la réponse dépend de maximes fondamentales déjà constatées (*suprà*, n° 7). Passons donc aux affranchis, en indiquant pour transition que leurs enfants sont ingénus en principe, puisque de tels enfants naissent libres.

Il y a bien quelques hypothèses où le *servus* devient libre de plein droit ; tel est, en vertu d'un édit de Claude, le sort de l'esclave malade abandonné par son maître. Il y en a quelques autres où la liberté est conférée par le magistrat ; ainsi l'on récompense de cette façon l'esclave qui a dénoncé le meurtre de son maître. Mais ce sont là des cas bien rares ; en thèse générale, l'affranchissement émane du *dominus*, et prend le nom de *manumissio*. Pour suivre le plan des Institutes, il ne sera traité ici que de cette *datio libertatis*.

§ I

Conditions intrinsèques de l'affranchissement.

14. La validité d'un affranchissement suppose réunies diverses circonstances.

1° Le maître doit affranchir de sa libre volonté ; s'il y était forcé par violence, son œuvre serait nulle; mais il peut s'y obliger valablement par l'effet d'une convention ou d'un legs, parce que ces actes procèdent de son consentement (*Inst.* II, t. XXIV, p. 2).

2° La personne qui affranchit doit avoir la propriété quiritaire de l'esclave, puisqu'il s'agit de l'aliéner (*Gaius*, II, 267);

3° Elle doit avoir aussi la capacité d'aliéner les *res mancipi*, puisque l'esclave en est une (*Ulpien*, I, 17);

4° L'affranchissement ne doit pas heurter le droit d'un tiers; supposons, par exemple, que plusieurs personnes aient la copropriété d'un esclave par indivis, et que l'un des maîtres l'affranchisse seul; l'esclave ne peut acquérir la liberté pour partie et le *manumissor* perd sa part de propriété, qui profite aux autres par une sorte de *jus accrescendi*. Justinien abrogea cette décision du temps classique ; l'esclave devint libre, et l'auteur de l'affranchissement dut payer une indemnité à ses copropriétaires, d'après un tarif fixé par l'empereur (*Inst.* II, t. VII, p. 4).

§ II

Conditions extrinsèques ou formes.

La *manumissio* met en jeu le triple intérêt de l'esclave qui acquiert la liberté, du maître qui la donne, et de la cité qui reçoit un nouveau membre dans son sein; il n'est donc pas étonnant que le droit romain en ait réglé avec précision les formes extérieures. On distingue à cet égard trois périodes.

15. **Ancien droit.** — Le premier droit de Rome ne reconnaissait que trois modes d'affranchissement; ils avaient pour trait commun l'intervention directe ou indirecte de l'autorité publique, et pour ce motif on les nomme *legitimi* ou solennels; c'étaient le cens, la vindicte et le testament.

La *manumissio censu* exige trois acteurs, le censeur, le maître et l'esclave ; elle consiste simplement dans l'inscription de l'es-

clave, en qualité de citoyen, sur les registres du cens. Ce procédé offrait le grave inconvénient de n'être possible qu'aux époques de recensement, c'est-à-dire tous les cinq ans, puisque le *census* était *lustralis*.

La *manumissio vindictâ* mettait quatre personnes en présence, le préteur, le maître, l'esclave et son représentant, qu'on appelait *assertor libertatis*. Elle se constituait par un débat imaginaire, la fiction du procès qui peut s'élever sur la liberté. L'esclave était exclu de l'arène judiciaire; mais son représentant le réclamait comme libre, en le touchant de la *vindicta*, baguette ou lance de bois qui figurait, à titre de symbole, dans les causes relatives à la propriété. Sur l'acquiescement du maître, le préteur prononçait la liberté de l'esclave, par une déclaration nommée *addictio*. Cette décision ne tranchait pas un vrai litige; aussi n'appartenait-elle pas à la juridiction contentieuse du préteur, mais bien à sa juridiction gracieuse; entre autres conséquences, il résultait de là que le magistrat pouvait y procéder en dehors de son tribunal, par exemple, sur le chemin du bain ou du théâtre (*Just.*, I, t. V, p. 2).

La *manumissio testamento* supposa le consentement des comices, jusqu'au jour où la loi des Douze Tables rendit efficaces par elles-mêmes les dispositions testamentaires régulièrement exprimées. On peut distinguer ici : 1° le legs de liberté, *libertas directa*, qui ne s'adresse valablement qu'à l'esclave dont la propriété quiritaire appartenait au testateur, lors du testament et lors du décès; 2° le fidéicommis de liberté, *libertas fideicommissaria*, qui s'adresse même à l'esclave de l'héritier ou d'un tiers. Le premier seul est un véritable affranchissement testamentaire, puisqu'il se suffit à lui-même et rend l'esclave libre *ipso jure*, après la mort du testateur, par le fait de l'adition d'hérédité, sans aucun acte de l'héritier; le second, au contraire, ne produit pour l'esclave qu'un droit à la liberté, que l'héritier sera tenu de lui donner par le cens ou la vindicte. Cependant on a coutume de réunir ces deux procédés inégaux sous le même nom de *manumissio testamento*, parce que les restrictions à la liberté d'affranchir leur sont généralement communes.

16. L'affranchissement entre-vifs, par le cens ou la vindicte, a des traits de différence et de ressemblance avec l'affranchissement testamentaire. Il en diffère à deux points de vue : 1° s'il est incontestable que l'irrévocabilité de la liberté repousse d'un affran-

chissement quelconque toute condition ou terme résolutoire, il est non moins vrai que l'affranchissement testamentaire peut recevoir une modalité suspensive ; au contraire, le cens et la vindicte n'en comportent aucune, à raison de l'affirmation écrite ou verbale, mais présente et actuelle, qui est de leur essence ; 2° l'esclave affranchi entre-vifs garde le pécule, à moins d'une réserve expresse du maître, qui est censé lui en faire donation pour aider ses premiers pas dans une existence nouvelle ; l'esclave affranchi par testament ne retient le pécule qu'en vertu d'une disposition formelle, raisonnablement nécessaire pour dépouiller l'héritier.

Hormis ces dissemblances, les trois modes solennels de l'ancien droit se confondent dans leur effet, qui est de procurer du même coup à l'affranchi la liberté et la cité. On devenait citoyen ou l'on restait esclave ; il n'y avait pas de milieu. Cette unité de condition de tous les affranchis subsista jusqu'aux derniers temps de la République (*Just.*, I, t. V, p. 3).

17. **Droit classique.** — Si le maître, au lieu d'employer l'un des trois modes solennels, manifestait de toute autre manière sa volonté d'affranchir l'esclave, par exemple, en l'admettant à sa table, *per mensam*, ou bien en faisant une déclaration devant témoins, *inter amicos*, la liberté n'était pas acquise ; mais le préteur en conservait la jouissance de fait à l'esclave jusqu'à sa mort. Il ne servait donc plus; néanmoins sa condition juridique restait la même; toutes ses acquisitions appartenaient à son maître ; s'il s'agissait d'une femme, ses enfants au premier degré et ses descendants ultérieurs par les filles naissaient en état d'esclavage.

Cette jurisprudence prétorienne fut légalisée par un plébiscite rendu probablement en l'an 671 de Rome, la loi *Junia Norbana*. Elle décida que la liberté serait désormais acquise à l'esclave affranchi d'une façon quelconque ; mais l'emploi des modes solennels resta nécessaire pour lui donner la cité. Dès lors on distingua deux classes d'affranchis, les uns libres et citoyens, les autres libres seulement ; ceux-ci prirent le nom de *Latins Juniens*, Latins parce qu'on les assimilait aux membres des colonies latines, Juniens parce que leur organisation date de la loi Junia (*Gaius*, III, 56).

18. **Droit de Justinien.** — Ces diverses formes de la manumission se trouvent bien simplifiées au temps de Justinien. Le cens était remplacé par l'affranchissement fait dans les églises, devant

l'évêque, en présence des fidèles. La *vindicta* ne comportait désormais qu'une déclaration du maître au magistrat. Le testament ne présentait plus, comme on le verra, de différence entre le legs et le fidéicommis, surtout dans la forme de l'acte. Justinien put sans inconvénient déclarer efficace la volonté d'affranchir manifestée de l'une ou de l'autre des façons qu'il précisa, soit *per epistolam*, dans une lettre signée de cinq témoins, soit *per nominationem filii*, en appelant l'esclave du nom de fils dans un acte public ou par adoption, soit *inter amicos*, en exprimant la manumission devant cinq témoins, etc. Bref, si dans le droit de Justinien les conditions extrinsèques de l'affranchissement sont plus faciles qu'autrefois, il faut se garder de croire que le maître puisse affranchir en dehors de certaines voies prescrites (*Just.*, I, t. V, p. 1).

§ III

Restrictions à la faculté d'affranchir.

En supposant satisfaites les diverses exigences de fond et de forme requises pour la manumission, il peut arriver que la loi la prohibe quand même et la déclare nulle. Elle s'inspire alors de différents motifs, dont le principal est bien connu; vers la fin de la République, les maîtres ne consultaient, pour mettre les esclaves en liberté, que leur fantaisie personnelle ou leur passion politique, sans considérer l'intérêt public ; ils inondaient Rome de citoyens indignes. Des barrières furent dressées contre cet envahissement. Examinons les plus importantes de ces mesures défensives.

19. **Loi Furia Caninia.** — La loi Furia Caninia, plébiscite porté sous Auguste en l'an de Rome 761 (8 de J.-C.), restreignit la faculté d'affranchir par testament. On avait vu des Romains, désireux d'appeler à leurs funérailles un grand nombre d'affranchis coiffés du bonnet de la liberté, gratifier tous leurs esclaves en bloc de cette générosité posthume. Le danger de telles ostentations n'était pas à craindre dans les manumissions entre-vifs, parce que l'intérêt du maître assurait sa modération. Aussi la loi Furia Caninia prend-elle une double disposition contre les *manumissiones* par acte de dernière volonté : 1° elle fixe, entre un minimum de deux et un maximum de cent, le nombre d'esclaves qu'un testateur peut affranchir, proportionnellement à la quantité qu'i en a ; 2° elle exige que l'affranchissement testamentaire soit individuel, c'est à-dire

que nul esclave ne puisse devenir libre *ex testamento*, s'il n'est déterminé par son nom ou par toute autre désignation personnelle (*Gaïus*, I, 42-46; II, 239).

Justinien supprima la loi Furia Caninia, dont il ne comprenait plus la portée sociale, et qui répugnait d'ailleurs aux nouvelles tendances de son époque (*Just.*, I, t. VII).

20. **Loi Œlia Sentia.** — La loi Œlia Sentia est un autre plébiscite également rendu sous Auguste, l'an 757 de Rome (4 de J.-C.); elle se rattache, comme la précédente, à la pensée qu'avait conçue le premier empereur de combattre les mœurs par les lois; Justinien, sous l'influence d'un autre genre de préoccupations, l'a modifiée sans l'abroger entièrement. Nous y relèverons au moins quatre restrictions essentielles à la faculté d'affranchir.

Affranchis déditices. — La loi Œlia Sentia organise une troisième classe d'affranchis, en déclarant le droit de cité inaccessible aux esclaves qui, pendant leur esclavage, ont subi quelque peine infamante, telle que la marque au fer rouge, sur l'ordre d'une personne compétente, c'est-à-dire du maître ou du magistrat. La manumission ne confère à ces esclaves que la liberté, sans la cité ni même la latinité; par opposition aux affranchis citoyens et aux Latins Juniens, on les appelle *déditices*, du nom que les Romains avaient donné jadis à ceux de leurs vaincus qui s'étaient rendus à discrétion, et qu'ils traitaient avec rigueur et mépris (*Paul*, IV, t. XII, p. 3-8).

Esclaves mineurs de 30 *ans.* — Une autre disposition de la loi Œlia Sentia écartait du droit de cité l'esclave affranchi avant l'âge de trente ans; on craignait sans doute de l'élever trop jeune à des prérogatives dangereuses. Devenait-il Latin Junien ou restait-il en servitude? Il y a quelques nuages sur ce point; le doute doit se trancher vraisemblablement dans le sens de la *latinitas*. Mais il suffisait d'ajouter quelques formes spéciales à la manumission pour lui rendre son effet ordinaire, ainsi qu'on va le voir (*Gaïus*, I, 18; *Ulpien*, I, 12).

Maîtres mineurs de 20 *ans.* — Une décision plus rigoureuse prononçait la nullité de l'affranchissement émané d'un maître mineur de vingt ans. La loi voulait ainsi protéger le jeune homme contre les faiblesses de son âge, et préserver la cité de libérations irréfléchies. Cette prohibition, étrangère aux affranchissements obligatoires, frappait toute manumission volontaire, qu'elle fût directe ou détournée; par exemple, le mineur de vingt ans ne pouvait

pas même faire de son esclave un Latin, ni l'aliéner sous la condition que l'acquéreur l'affranchirait, etc.

Cependant on apportait à cette règle une dérogation nécessaire. Le mineur de vingt ans avait parfois de justes motifs de procéder à la manumission. Tantôt c'était une raison d'intérêt, notamment dans l'hypothèse où le maître désirait confier la direction d'un procès à un esclave, qui devait alors avoir au moins dix-sept ans accomplis; car on n'était pas admis avant cet âge à soutenir une cause en justice. Tantôt c'était une raison d'affection, notamment si le maître voulait affranchir son précepteur, sa nourrice, son frère de lait, ou quelque proche parent, tel que son père, sa mère, etc., ce dernier cas peut se produire, lorsque le maître est un ancien esclave institué héritier par son propriétaire. Ces motifs étaient soumis à l'approbation d'un conseil spécial, de cinq sénateurs et cinq chevaliers à Rome, de vingt récupérateurs en province, choisis et présidés par le magistrat; la décision du *consilium manumissionis* était irrévocable. En la supposant affirmative, l'affranchissement avait lieu par la vindicte, le seul des trois modes solennels dont l'effet fût immédiat et l'application toujours facile; la manumission *inter amicos* restait néanmoins permise, s'il ne s'agissait de donner à l'esclave que la liberté latine (*Gaïus*, I, 41).

Justinien ne modifia pas cette législation pour les affranchissements entre-vifs. Mais il permit la manumission par acte de dernière volonté d'abord à dix-sept ans, ensuite à quatorze ans, dans le but d'établir une coïncidence d'âge entre la capacité de tester et celle d'affranchir; il ne s'aperçut pas qu'aucune relation logique ne les relie (*Just.*, I, t. VI, p. 4-7).

21. *Affranchissement en fraude des créanciers.* — Le préteur avait de longue date ouvert aux créanciers, sous le nom d'action Paulienne, un moyen d'attaquer les actes faits par un débiteur en fraude de leurs droits; mais un affranchissement, irrévocable de sa nature, échappait à toute rescision prétorienne. C'est ici qu'intervint la loi Œlia Sentia, qui annula dans l'intérêt des créanciers les manumissions frauduleusement faites par le débiteur. Après quelques discussions, on subordonna la nullité à deux conditions: 1° il faut que l'affranchissement ait causé aux créanciers un préjudice, *damnum*, *eventus damni*, en créant ou aggravant l'insolvabilité du débiteur; 2° il faut que le débiteur ait agi sciemment, qu'il ait eu le *consilium fraudis* (*Just.*, I, t. VI, p. 3).

Ces deux conditions réunies, la *manumissio* ne reste pas moins valable à l'égard du *manumissor* et de ses héritiers ; ce n'est pas eux que la loi veut protéger. Ne sont admis à demander la nullité que les créanciers antérieurs à l'affranchissement ou qui ont fourni les deniers pour désintéresser les créanciers antérieurs. La réclamation doit s'élever dans un délai de dix ans, si le créancier lésé est le fisc ; le délai reste perpétuel dans tout autre cas ; mais une Constitution de Dioclétien maintient définitivement en liberté, nonobstant toute attaque, l'esclave qui a vécu libre, de bonne foi, durant vingt années (C. 2, *Cod.* 7-22).

22. Il est une curieuse hypothèse où les quatre dispositions précédentes de la loi *Œlia Sentia* ont toujours fléchi devant une considération d'ordre supérieur. C'est lorsque le maître insolvable affranchit son esclave par testament et l'institue héritier; la liberté et la cité sont alors acquises à l'affranchi, même mineur de trente ans ou marqué de flétrissures antérieures, et le *manumissor* n'eût-il pas encore vingt ans. En effet, si l'esclave ne devenait pas libre et citoyen, il ne pourrait pas devenir héritier; le maître mourrait donc intestat, ce qui répugnait profondément aux mœurs romaines. La loi *Œlia Sentia*, par faveur pour le maître et non pour l'esclave, s'inclina devant cette idée nationale; mais elle réduisit la dérogation au strict nécessaire; en conséquence : 1° l'insolvable ne doit affranchir et instituer qu'un seul esclave, sinon le premier nommé arriverait seul à la liberté; 2° l'esclave ne profite de l'affranchissement et de l'institution, que si nulle des personnes instituées à son défaut ou concurremment ne peut ou ne veut faire adition (*Just.*, I, t. VI, p. 1 ; ff. 57, *Dig.* 28-5).

§ IV

Condition des affranchis.

La condition des affranchis est une dans le premier droit, et le redevient sous Justinien. Mais au temps classique, ils se divisent en trois classes : les *affranchis citoyens*, issus d'une manumission régulière; les *déditice* que rien ne peut laver de la tache subie pendant l'esclavage; entre ces deux catégories, les *Latins Juniens*, dont la qualité dérive de manumissions appliquées à des esclaves mineurs de trente ans, ou réalisées par des modes non solennels, ou émanées de maîtres qui n'avaient pas la pleine propriété quiritaire,

suivant des règles fort artificielles qu'on rencontrera plus loin.

23. Situation de l'affranchi envers le patron. — Considéré dans ses rapports avec le patron, l'affranchi s'appelle spécialement *libertus;* ce n'est pas ici qu'apparaît toute l'importance de la distinction entre les trois classes.

Les droits de patronat, *jura patronatûs*, survivent au lien de la servitude brisé par l'affranchissement. Ils appartiennent à l'ancien maître devenu patron, et se partagent également, en principe, entre tous ses enfants, quoique institués pour des parts inégales ou même exhérédés, s'il ne les a lui-même réservés à l'un d'eux par l'*adsignatio libertorum* (*Ulpien*, XXVII, 2, 3; f. 7, p. 6, *Dig.* 38-1; *Inst.*, III, t. VIII).

Les droits de patronat se résument en trois termes, *obsequium, operæ, jus tutelæ et successionis :* 1° on entend par *obsequium* la déférence légalement due par l'affranchi au patron; entre autres conséquences, rappelons que l'irrévérence poussée jusqu'à l'ingratitude replace parfois l'affranchi en esclavage; de plus, il n'est pas admis à poursuivre le patron en justice sans une autorisation du magistrat, et ne peut obtenir contre lui, ni des actions ou des exceptions infamantes, ni une condamnation au delà de ses ressources; 2° les *operæ* sont les services que l'affranchi promet de rendre à son patron, par un contrat spécial qu'on étudiera plus tard sous le nom de *jurata promissio liberti;* les *operæ fabriles*, services relatifs au métier de l'affranchi, et qui ont pour tout le monde une valeur appréciable en argent, s'opposent aux *operæ officiales*, d'une nature plus exclusivement personnelle; les *operæ fabriles* font l'objet d'une véritable créance susceptible de cession, et diffèrent profondément des autres *jura patronatûs* en ce qu'ils se transmettent à tout héritier, même externe, et qu'ils ne passent jamais aux descendants exhérédés; aussi les textes les traitent-ils *perinde ac pecunia credita;* — 3° le *jus tutelæ et successionis* sépare les trois classes d'affranchis; d'une part, on verra que la tutelle n'est pas uniforme pour les affranchis citoyens et non citoyens; d'autre part, le patron exerce, dans les conditions légales, sur les biens que laisse à son décès l'affranchi citoyen, un véritable droit de succession qui se manifeste par la pétition d'hérédité; au contraire, les biens du Latin Junien retournent au patron à titre de pécule, et sont réclamés en vertu d'une propriété antérieure qui se manifeste par la revendication; quant aux biens du déditice, le patron les prend à sa mort comme héritier

ou comme propriétaire, suivant que la manumission a été régulière ou non (*Gaius*, III, 74, 75, 76).

Comment s'éteignent les droits de patronat? La mort naturelle du patron ou de l'affranchi les restreint sans les anéantir; ainsi les enfants de l'affranchi peuvent retomber en esclavage pour cause d'ingratitude, et les enfants du patron recueillent la tutelle et la succession de l'affranchi. La *capitis deminutio* du patron ou de l'affranchi supprime les *jura patronatus* et toutes leurs conséquences immédiates ou médiates, si ce n'est la *reverentia* qui demeure due. Le droit aux *operæ* disparaît lui-même, quoique contractuel, parce qu'il dérive d'un contrat étroitement lié à l'affranchissement, et qu'il n'est qu'une suite indirecte du *patronatus*. Au surplus, cette créance de service s'éteint par une cause spéciale, lorsque l'affranchi est père d'un enfant âgé de cinq ans, ou qu'il en a deux plus jeunes sous sa puissance (*Just.*, I, t. XVII; III, t. X, p. 1; *Gaius*, III, 51, 58, 83; f. 10, p. 2, *Dig.* 2-4; f. 37, *Dig.* 38-1).

24. Situation sociale des affranchis. — Considéré dans ses rapports sociaux, l'affranchi s'appelle spécialement *libertinus*, et les différences sont grandes entre les trois classes. Il faut les examiner successivement au double point de vue : 1° *des droits publics*; les principaux sont le droit de vote ou d'électorat, *jus suffragii*, et le droit d'aptitude aux fonctions ou d'éligibilité, *jus honorum*; 2° *des droits privés*; les principaux sont le *connubium*, ou droit de participer au mariage romain avec ses grandes conséquences de la famille, de la puissance paternelle, de l'agnation, etc., et le *commercium*, ou droit de participer à tous les modes d'acquérir et de contracter de l'ordre purement civil, comme la mancipation, le testament, la stipulation, etc.

Déditices. — 1° Les déditices sont au dernier degré des affranchis et des hommes libres, *pessima libertas*. Privés de tout droit public, privés de *connubium* et de *commercium*, ils ne sont admis qu'aux actes du *jus gentium*. La loi leur défend même de paraître à Rome ou dans un rayon de cent milles autour de Rome, sous peine de retomber en esclavage. Le trait le plus cruel de leur situation, c'est l'impossibilité d'en sortir; aucune voie ne leur est ouverte pour arriver à la cité. Mais leur condition n'est pas héréditaire, et leurs enfants, traités comme des pérégrins ordinaires, peuvent devenir citoyens (*Ulpien*, XX, 14, 15; *Gaius*, I, 26, 27).

Latins Juniens. — 2° Les Latins Juniens sont exclus de tout droit

politique, et parmi les droits privés, le *connubium* leur manque. Quant au *commercium*, ils en jouissent avec deux restrictions importantes. D'abord, s'ils peuvent être appelés à une hérédité ou à un legs, cette faculté n'est souvent qu'illusoire; car ils doivent obtenir la cité du vivant du testateur, ou dans les cent jours de son décès, pour recueillir le bénéfice pratique de sa disposition. Ensuite, s'ils peuvent jouer le rôle de témoins dans le testament d'autrui, ils ne sont pas admis à tester pour leur compte; car nous savons que leur patrimoine retourne, comme un pécule d'esclave, au patron ou à ses héritiers. Aussi disait-on d'eux qu'ils vivaient libres et mouraient en servitude (*Ulpien*, XVII, 1; XXII, 3; *Just.*, III, t. VII, p. 4).

Mais l'accès du *jus civitatis* était singulièrement facile aux Latins Juniens. Ils devenaient citoyens de diverses façons ; par exemple, l'une des plus commodes était l'*iteratio*, c'est-à-dire une nouvelle manumission faite dans les formes solennelles ou pure des irrégularités qui entachaient la première ; l'empereur pouvait également leur en accorder *beneficio principali* le titre et les avantages, sous la réserve des droits du patron. On trouve d'autres cas de la même transformation dans Gaius (I, 29, 67-75), et dans Ulpien (III).

25. *Affranchis citoyens.* — 3° Les affranchis citoyens ont toujours été privés du *jus honorum* et doués du *jus suffragii*. Le *connubium* et le *commercium* leur appartiennent en principe ; il existe néanmoins quelques obstacles à leur mariage, et l'infériorité de leur position s'accuse aussi dans la question du *jus liberorum*, c'est-à-dire des priviléges attachés au nombre d'enfants; toutes choses égales, il leur en faut un de plus qu'aux ingénus. En matière criminelle, les affranchis, à la différence des ingénus, pouvaient subir la torture comme témoins, si ce n'est contre le patron; on les rangeait enfin dans les *homines humiles* ou petites gens, par opposition aux *homines honesti* ou gens de haute classe, que certaines lois favorisaient d'une pénalité moins sévère (par exemple, la loi *Cornelia de sicariis*).

Sous la pression des mœurs et des faits, l'Empire organisa deux moyens d'élever l'affranchi au-dessus de son état normal. Ce sont le *jus aureorum annulorum* ou droit de porter l'anneau d'or, et la *restitutio natalium* ou redressement des vices de la condition. Leur effet commun est de placer l'affranchi sur le même pied que l'ingénu dans ses rapports sociaux, et de lui conférer l'aptitude aux

fonctions. Hormis ce point, ils n'ont pas une égale efficacité; le *jus aureorum annulorum* ne touche pas aux droits de patronat, et la concession en est valable par le seul fait que le patron informé ne s'y oppose pas ; au contraire, la *restitutio natalium* efface même les droits de patronat; aussi exige-t-elle le consentement formel du patron ou de ses enfants. En un mot, dans la langue des Romains, le second de ces deux bénéfices produit pour l'affranchi le *statum ingenuitatis*, tandis qu'il retire seulement du premier une *imaginem ingenuitatis* (C. 2, *Cod.* 6-8).

26. **Droit de Justinien.** — L'unité primitive fut rétablie par Justinien dans la condition des affranchis. Il décida, comme l'avait autrefois voulu la loi romaine, que la manumission serait désormais nulle, on donnerait tout ensemble la liberté et la cité. En supprimant pour l'avenir les Latins Juniens et les déditices, l'empereur laissait encore subsister la distinction entre les affranchis et les ingénus; il finit, postérieurement aux Institutes, par déclarer inhérent à l'affranchissement le *jus aureorum annulorum*, c'est-à-dire l'état d'ingénuité sociale de l'affranchi; quant à la *restitutio natalium*, c'est-à-dire à l'ingénuité complète avec la suppression des droits de patronat, il suffisait pour la produire d'une renonciation formellement exprimée par le patron dans l'acte d'affranchissement ou dans un acte de dernière volonté. Ainsi fut mise la dernière main à l'œuvre de régénération des affranchis (*Just.*, I, t. V, p. 3).

DEUXIÈME SECTION

CITOYENS ET NON CITOYENS.

Tandis que la première subdivision des personnes libres, en ingénus et affranchis, occupe une grande place dans les recueils de Justinien, la seconde, qui les distingue en citoyens et non citoyens, n'y a presque pas laissé de traces. Ce silence des textes peut s'expliquer par la considération que l'étude de la nationalité touche de près au droit public; car elle détermine la jouissance ou la privation du *jus suffragii* et du *jus honorum*. Mais elle a néanmoins son importance dans une exposition du droit privé, puisque les citoyens profitent seuls du *connubium* et du *commercium*, refusés aux non citoyens. Suivant une remarque déjà faite, la pleine personnalité romaine comprend et nécessite trois éléments principaux;

nous connaissons le premier, le *status libertàtis* ou liberté ; arrivons au deuxième, le *status civitatis* ou cité, en rappelant que dans les personnes qui en sont investies, il suppose toujours le précédent.

§ I

Des citoyens romains.

On a déjà vu comment s'acquiert ou se perd la liberté; les mêmes questions sont à résoudre sur le droit de cité.

27. **Acquisition de la cité.** — Le droit de cité, de même que la liberté, résulte de la naissance ou d'un fait postérieur.

Naissance. — Pour déterminer dans quels cas un enfant naît citoyen romain, il suffit d'appliquer les deux grands principes dès longtemps signalés; par exemple, l'enfant de la femme qui a conçu Romaine, et accouché *peregrina*, naîtra Romain, s'il est issu de mariage, et *peregrinus* dans le cas contraire (*suprà*, n° 7).

Acquisition postérieure. — Quant à l'acquisition postérieure de la nationalité romaine, distinguons entre les esclaves et les libres.

L'esclave devient citoyen, lorsqu'il est régulièrement affranchi par un citoyen. S'il reçoit la liberté d'un magistrat à titre de récompense, sa position est la même. Enfin est-il affranchi de plein droit par la loi ? Le *jus civitatis* lui appartient encore, puisqu'il a fallu une décision spéciale pour le restreindre à la *latinitas*, dans le cas où il est abandonné malade par son maître (C. I, p. 3, *Cod.*, 7-6). (Cicéron, *pro Balbo*, 9.)

Les personnes libres n'acquièrent la cité qu'en vertu d'une concession expresse; elle est faite, sous la République, par le peuple, le sénat, ou le magistrat qui en reçoit d'eux la mission spéciale, et sous l'empire par le sénat ou l'empereur. La concession est totale ou partielle; totale, elle confère l'ensemble des droits publics et privés du citoyen; partielle, elle n'en confère que tel ou tel; ainsi un étranger n'obtient parfois que le *commercium*, ou des populations reçoivent la *civitas sine suffragio*. La concession est individuelle ou collective: individuelle, elle ne profite qu'à la personne même du bénéficiaire, et ne s'étend pas à sa femme ni à ses enfants, s'ils n'y ont été formellement compris ; collective, elle embrasse une nation, une ville, qui aura le nom de *populus fundus* si les lois romaines lui sont en même temps attribuées, et de *municipium* si elle conserve une certaine autonomie (*Gaius*, I, 94).

28. **Perte de la cité.** — La perte de la cité est volontaire ou forcée.

Tout Romain est libre de dépouiller sa nationalité, à la condition d'en acquérir une autre. Il y arrive, soit *dicatione*, en transférant sa résidence chez un peuple étranger, qui l'accepte comme citoyen, soit *postliminio*, en regagnant sa première patrie, lorsqu'une manumission le délivre de la servitude qu'il subissait à Rome.

En sens inverse, nul Romain ne perd de force sa nationalité. Sous la République, on tournait ce principe par l'interdiction de l'eau et du feu, qui obligeait à l'exil le condamné inexorablement exclu de toute relation sociale. Sous l'Empire, cette peine se confond avec la déportation, qui est l'internement dans une île romaine où l'on reste libre ; il en résulte la déchéance immédiate de la *civitas*. A toute époque, le droit de cité fut perdu pour quiconque encourait l'esclavage *jure civili*.

§ II

Des non citoyens.

Parmi ceux qui ne sont pas citoyens, nous avons à distinguer les Latins et les pérégrins.

29. **Latins.** — Les Latins se subdivisent en *Latini veteres*, *Latini coloniarii*, *Latini Juniani*. Ces derniers composent la deuxième classe des affranchis, qui nous est suffisamment connue.

Les *Latini veteres* sont les peuples de l'ancien Latium, contraints à recevoir Rome dans leur association après la bataille du lac Régille, en 260, et qu'elle soumit définitivement en 446. Plusieurs d'entre leurs cités participèrent dès lors au *jus civitatis ;* les autres l'obtinrent en 664, au sortir de la guerre sociale. Il n'y a donc plus de *Latini veteres* au temps du droit classique ; mais la condition des *Latini coloniarii* fut l'image de ce qu'ils avaient été.

On entend par *Latini coloniarii* les membres de colonies que Rome répandit de bonne heure. Elles se recrutaient, à l'origine, de volontaires, de fils de famille désignés par leur père, qui se libéraient ainsi de la puissance paternelle, et de condamnés à l'amende, qu'on dispensait alors de la payer. Plus tard, la qualité de Latin s'acquit par l'émigration dans une colonie déjà fondée, et par concession individuelle ou collective du prince. Cette colonisation avait donc pour objet, tout en débarrassant Rome d'un trop

plein de population, d'établir çà et là des groupes d'alliés fidèles, ou d'assimiler des peuples domptés. Les Latins, inférieurs aux citoyens par le défaut absolu de droits politiques et de *connubium*, étaient supérieurs aux pérégrins par le *commercium*. De plus, il leur était plus facile d'acquérir la *civitas* (*Gaius*, I, 96; *Ulpien*, V, 4; XIX, 1).

29 *bis*. **Pérégrins.** — Les pérégrins, qu'il ne faut pas confondre avec les barbares, sont les étrangers non investis de la *civitas* ou de la *latinitas*. Ceux qui relèvent de la domination romaine forment les provinces; les autres encore indépendants sont appelés *hostes* en temps de guerre. Ils n'ont aucune participation au droit civil, public ou privé; mais le prince peut leur en faire une concession totale ou partielle. On leur applique donc les règles du droit des gens, et nous en rencontrerons maint exemple.

§ III

Confusion des citoyens et des non citoyens.

30. L'extension du droit de cité s'opère graduellement dans l'histoire romaine. Rares sous la République, les concessions deviennent de plus en plus fréquentes sous les empereurs, qui savent y trouver une source de revenus pour le fisc. Enfin une constitution célèbre de Caracalla confère le *jus civitatis* à tous les habitants de l'Empire. On ne peut attribuer à cette grande mesure un motif de générosité. Les citoyens supportaient un impôt d'un vingtième de la valeur sur les manumissions par eux accomplies, et sur les libéralités de dernière volonté par eux recueillies; Caracalla, pour en augmenter le produit, multiplia les contribuables, en marquant tous ses sujets du titre qui les forçait à payer. Même après cette constitution, il y eut encore dans l'Empire des gens privés du droit de cité. Car les matières spéciales de l'affranchissement et des peines restèrent en dehors de la réforme; on ne supprima ni les déchéances qui pouvaient résulter des condamnations criminelles, ni la classe des Latins Juniens et des déditices. De plus, on admet aujourd'hui que la concession de Caracalla fut restreinte aux habitants actuels de l'Empire et à leur descendance; les provinces postérieurement conquises n'en profitèrent point. Mais ces dernières inégalités furent effacées par Justinien; de son temps, tout sujet a la qualité de citoyen, s'il n'en est dépouillé par une con-

damnation criminelle. En dehors des *cives*, il n'y a plus que les *barbari*.

DEUXIÈME DIVISION

PERSONNES *SUI JURIS VEL ALIENI JURIS.*

(*Just.* I, t. VIII.)

31. La première division générale des personnes, qui les partage en esclaves et libres, et qui parmi les libres distingue les affranchis ou les ingénus, les citoyens ou les non citoyens, nous a présenté l'étude de deux des principaux éléments d'une personnalité complète, le *status libertatis* et le *status civitatis*. En d'autres termes, nous avons considéré les différentes positions qui peuvent appartenir aux individus dans l'organisation sociale.

Nous abordons, avec Justinien, une seconde division aussi générale que la première, et qui embrasse comme elle l'universalité des personnes; elle les sépare en personnes *sui juris* et en personnes *alieni juris*. Celle-ci touche de plus près au droit privé; elle met en jeu le troisième et dernier des principaux éléments d'une personnalité complète, le *status familiæ*. Bref, nous arrivons à l'examen des rapports domestiques, au tableau de la famille romaine.

On qualifie de personne *sui juris* celle qui n'est placée sous aucune puissance; elle s'appelle *paterfamilias* ou *materfamilias*, quel que soit son âge, ce qui exprime qu'elle est ou peut être le chef d'une *familia*, c'est-à-dire d'un ensemble d'individus et de biens. On qualifie de personne *alieni juris* celle qui est placée sous la puissance d'autrui.

Or, le droit romain pur consacra quatre puissances diverses sur les personnes, la *dominica potestas* ou du maître sur l'esclave, la *patria potestas* ou du père sur l'enfant, la *manus* et le *mancipium*. De ces quatre puissances, la première nous est connue; la troisième et la quatrième, de bonne heure tombées en désuétude, n'exigeront que de brèves explications; la deuxième seule nous arrêtera par son haut intérêt historique et juridique.

CHAPITRE III

DE LA PUISSANCE PATERNELLE EN ELLE-MÊME.

(*Just.* I, t. IX.)

32. La théorie de la *patria potestas* s'écarte sensiblement à Rome des données rationnelles.

En effet, considérée philosophiquement, la puissance paternelle est un pouvoir de protection, organisé dans l'intérêt de l'enfant; elle a pour objet principal de mettre les parents en mesure de suffire à leur grand devoir, qui est l'éducation physique et morale de leurs descendants; c'est un corollaire légal de cette mission naturelle. Par conséquent : 1° s'il convient que la puissance paternelle appartienne de préférence au père, il n'y a pas de motifs d'en priver la mère à son défaut; 2° la puissance paternelle ne doit comprendre que les droits nécessaires au bien de l'éducation; 3° la puissance paternelle doit cesser, avec sa raison d'être, à la majorité des enfants, sauf l'hommage de respect et de déférence qu'exige la qualité d'ascendant.

Ces principes n'ont pas inspiré la loi romaine,

§ I

Caractères de la puissance paternelle.

L'aspect original de la puissance paternelle à Rome tient à quelques traits principaux :

1° La *patria potestas* est de droit civil; en d'autres termes, les tribunaux romains ne la feront respecter qu'au profit d'un père romain, et sur un fils romain (*Ulpien*, X, 3).

2° La *patria potestas* ne peut appartenir qu'au père, jamais à la mère; les femmes en sont exclues sans exception; par conséquent, les enfants n'ont pas de lien civil avec la famille maternelle, et ne sauraient relever de la puissance d'aucun ascendant maternel; ils ne sont *filiifamilias* ou *filiæfamilias* qu'envers leur père; ceux qui n'ont point de père certain se trouvent *sui juris* dès leur naissance; une femme *sui juris* est nécessairement seule de sa famille, *familiæ suæ caput et finis* (*Inst.*, *hic*, p. 3; t. II, p. 10).

3° La *patria potestas* ne peut appartenir qu'au père *sui juris ;* si donc un enfant a plusieurs ascendants mâles dans la ligne paternelle, par exemple son père et son aïeul, il sera sous la puissance du plus éloigné, comme tous les intermédiaires (*Inst.*, *hic*, p. 3).

4° La *patria potestas* ne prend fin à aucun âge ; le nourrisson et le barbon peuvent y être également soumis, puisqu'elle embrasse les descendants de tous les degrés (*Inst.*, I, t. XII, p. 10).

33. Telle que nous la voyons, cette puissance paternelle n'est pas un pouvoir de protection organisé dans l'intérêt de l'enfant ; elle a l'intérêt du père pour objet apparent, et pour objet secret l'intérêt de l'État. En effet, la loi romaine établit dans chaque famille le trône solide d'un père, et donne à ce chef une triple souveraineté sur le culte, sur le patrimoine et sur les personnes ; cette royauté domestique lui est un sûr garant de la conservation des idées religieuses, des fortunes privées et des mœurs nationales. Une domination pareille a besoin d'un contre-poids ; il se trouve dans les sentiments de la nature et dans les affections réciproques du foyer.

La puissance paternelle est le pivot de toutes les théories de la parenté à Rome. Les parents en général se nomment cognats, *cognati, quasi communiter nati.* Mais leur lien réciproque vient de la nature seule, comme la parenté par les femmes, ou de la loi seule, comme la parenté qui résulte de l'adoption, ou tout ensemble de la nature et de la loi, comme la parenté qui découle du mariage. La parenté purement naturelle retient le nom de cognation, *cognatio;* la parenté créée ou consacrée par la loi s'appelle exclusivement agnation, *agnatio*. Donc, et pour conclure, la cognation est le lien du sang, l'agnation est le lien civil. Or, l'agnation n'a d'autre cause efficiente que la *patria potestas ;* sont agnats les personnes qui se trouvent sous la même puissance paternelle, ou qui s'y trouveraient dans le cas où le chef le plus reculé de la famille vivrait encore. Si l'on veut bien remarquer maintenant que la loi romaine réserve à cette qualité d'agnat tous les droits, notamment de tutelle et de succession, attribués à la cognation par les peuples modernes, on apercevra d'un coup d'œil l'immense portée de la puissance paternelle. Ces notions étroitement condensées ne tarderont pas à s'éclaircir par l'application.

§ II

Rapports juridiques du père et des enfants.

34. La puissance paternelle ne produit d'effets que dans les relations particulières du père et des enfants ; en d'autres termes, le fils est indépendant du père dans la sphère de ses droits de citoyen ; il a le *jus suffragii*, le *jus honorum ;* s'il est investi d'une magistrature, la majesté de ses fonctions publiques ne saurait fléchir devant une autorité d'ordre essentiellement privé.

Mais dans l'intérieur de la famille, le pouvoir du père nous apparaît d'abord sans limites ; puis on le voit se restreindre et s'adoucir progressivement. Le principe, c'est que la personnalité du père absorbe en quelque sorte la personnalité des enfants ; il concentre dans sa main tous leurs droits ; sans en être théoriquement dépouillés, ils n'en ont pas l'exercice, monopolisé dans l'intérêt commun. De cette idée mère, de cette unité de personne dans la famille, résultent trois corollaires principaux.

1° Unité de culte. — Le père est seul investi des *sacra privata*, qui deviendront propres au fils quand il héritera du titre et des droits de *pater ;* les vieux Romains attachaient un grand prix à cette prérogative, le plus beau fleuron de leur couronne domestique ; mais elle disparut insensiblement avec l'antique piété ; de longs siècles avant Justinien, il n'en est plus question.

2° Unité de patrimoine. — Le fils de famille n'a pas de biens personnels et n'en saurait avoir ; toutes ses acquisitions profitent au père qui peut d'ailleurs à son gré lui confier et lui retirer un pécule, de même qu'à l'esclave. Mais d'un autre côté l'enfant de famille est considéré comme copropriétaire de ce même patrimoine, dont la jouissance et l'exercice restent aux mains paternelles, *domini quodammodò existimantur ;* aussi devient-il héritier nécessairement et sans acceptation à la mort du père ; car il ne fait alors que continuer un droit antérieur et latent. De ce point de départ, il découle d'abord que les enfants de famille ne peuvent conclure aucun acte juridique ni avec leur père, ni entre eux ; ce serait conclure l'acte avec soi-même. On ne les admet pas davantage à servir de témoins dans les opérations des tiers avec leur père ; autrement il serait en quelque sorte son propre témoin. Enfin

aucune action n'est possible pour aucune cause entre ces personnes légalement confondues dans une seule. On voit que l'incapacité des enfants est égale à celle des esclaves dans leurs rapports avec le chef de famille ; mais à la différence des esclaves, ils ont une capacité véritable en face des tiers, et s'obligent valablement, aussi bien par leurs délits que par leurs contrats ; seulement leurs créanciers n'auront, en principe, d'action efficace qu'après l'extinction de la puissance paternelle (*Gaius*, II, 87, 96, 157 ; *Inst.* II, t. XIX, p. 2, etc.).

Cette énergique théorie s'affaissa progressivement. A partir du règne d'Auguste, elle fut battue en brèche par l'institution des pécules nouveaux qu'on étudiera plus tard, et sous Justinien, on peut dire que les acquisitions du fils de famille ne profitent qu'à lui-même, sauf des exceptions en faveur du *pater*.

3° **Unité de volonté.** — Le père, seule tête juridique dans la maison, jouit d'un pouvoir absolu, qui se manifeste spécialement par des prérogatives exorbitantes sur la personne des enfants. C'est à ce point de vue que la *patria potestas* reste difficile à comprendre.

35. En effet, on a voulu la résoudre en un droit de propriété sur l'enfant de famille, qui ressemblerait tout à fait à l'esclave. Il est bien vrai, d'un côté, que cet enfant peut faire l'objet d'une sorte de revendication dans l'ancien temps, d'une mancipation à l'époque classique, et d'un vol encore sous Justinien. Mais d'un autre côté, il conserve quand même son indépendance dans les rapports de droit public, et son père n'a jamais eu la force de lui enlever la liberté ni la cité (f.-1, *Dig.* 6-1 ; *Gaius*, I, 132 ; *Inst.* IV, t. I, p. 9 ; C. 10, *Cod.* 8-47).

On a voulu aussi résoudre la *patria potestas* en une juridiction criminelle, en une magistrature domestique et irresponsable, dont le père serait investi ; or, s'il est certain que des auteurs classiques semblent énoncer une conception de ce genre, néanmoins on n'expliquera jamais de cette façon la faculté de revendiquer, de manciper l'enfant, etc. (Tite-Live, VIII, 7 ; Tacite, *Ann.* XIII, 32).

Chacune de ces deux idées de propriété ou de magistrature est donc insuffisante à rendre compte de la *patria potestas* sur la personne des enfants de famille. Il faut les combiner ensemble, ou plutôt rattacher la rigueur de ce pouvoir à notre point de départ, qui est l'unité de personne dans la famille, d'où résulte l'unité

de volonté, c'est-à-dire la volonté sans limites et sans contrôle. Les plus brutales conséquences en découlaient parfois, entre autres :

Le *jus vitæ necisque;* c'est le droit de vie et de mort sur l'enfant; cette exagération odieuse disparut dès les Antonins, bien avant le succès du christianisme; Constantin n'eut qu'à généraliser leurs décisions, en appliquant les peines du parricide au père meurtrier du fils, comme au fils meurtrier du père (C. 1, *Cod.* 9-17);

Le *droit de délaissement;* c'est la faculté d'exposer l'enfant; Constantin fait passer le petit être ainsi délaissé de la puissance de son père sous la puissance de la personne qui l'a recueilli, et Justinien le déclare *sui juris* (C. 3, *Cod.* 8-52);

Le *droit de mancipation;* c'est la faculté d'aliéner l'enfant par une vente symbolique, soit en dehors de toute spéculation et pour l'émanciper, le donner en adoption ou le livrer à la personne que son délit avait lésée, soit dans une vue de lucre et pour trafiquer de sa valeur. La première de ces deux applications n'existe plus sous Justinien, qui a supprimé la mancipation. La seconde ne reste permise qu'à l'égard de l'enfant qui vient de naître, *sanguinolentus*, et dans le cas d'extrême misère des parents; seulement le premier venu peut racheter l'enfant en indemnisant l'acquéreur (C. 2, *Cod.* 4-43).

36. En résumé, le travail des siècles est fortement empreint sur la terrible puissance paternelle des Romains. Déracinée de son antique base civile, elle suit lentement une pente qui la rapproche du droit naturel. Au temps de Justinien, on n'en retrouve plus les effets exorbitants sur les biens ni sur la personne. Nous en examinerons quelques attributs spéciaux dans les matières du mariage, de la tutelle et du testament.

§ III

Sources de la puissance paternelle.

Les faits constitutifs de la puissance paternelle sont le mariage, la légitimation et l'adoption. Les deux premiers nous la procurent sur des enfants de notre sang, la troisième ordinairement sur des étrangers. En outre, la légitimation suppose un enfant né *sui juris*, et l'adoption s'applique tantôt à des personnes *sui juris*, tantôt à des personnes *alieni juris*. De là sort un principe : nul,

s'il n'est placé sous la puissance paternelle par l'effet immédiat de sa naissance dans le mariage, n'y tombe contre son gré ; mais il n'est pas besoin d'un consentement formel, et l'on se contente de l'absence de toute opposition.

CHAPITRE IV

DU MARIAGE.

(*Inst.* I, t. IX, X.)

Le mariage, *matrimonium*, *justæ nuptiæ*, est la plus féconde des trois sources de la puissance paternelle. Les Romains en eurent une conception fort élevée, et ne connurent jamais la polygamie. On peut le définir l'union légale de l'homme et de la femme, en vue d'associer leurs existences et de fonder une famille. Justinien le qualifie de *viri et mulieris conjonctio*, *individuam vitæ consuetudinem continens;* il veut dire que le trait essentiel et caractéristique du mariage, c'est l'égalité parfaite de l'homme et de la femme, c'est l'unité de condition sociale. Il va de soi que la situation de l'époux détermine la situation commune, et que l'épouse monte ou descend à son niveau (*Inst.* I, t. IX, p. 2).

PREMIÈRE SECTION

CONDITIONS D'APTITUDE AU MARIAGE.

Trois conditions sont requises en droit romain de qui veut contracter mariage : la puberté, le consentement et le *connubium*.

§ I

Puberté.

37. La puberté, qui est l'âge où l'homme acquiert la faculté d'engendrer, et la femme de concevoir, entraîne un grave changement dans la condition des personnes ; car elles deviennent alors capables d'aliéner, de tester, de contracter. Spécialement pour le mariage, il a bien fallu l'exiger, puisque l'objet principal de cet acte est la propagation des familles et la transmission à des enfants de la condition paternelle.

Pour déterminer le moment où se produit le passage de l'impuberté à la puberté, différents systèmes avaient été proposés ; mais le droit classique, confirmé par Justinien, fixa la puberté légale à l'âge uniforme de quatorze ans pour les garçons et de douze ans pour les filles (*Inst.* I, t. XXII, pr.).

§ II
Consentement.

38. Il est bien clair que le mariage suppose essentiellement le consentement de l'homme et de la femme qui s'unissent ; c'est là un des éléments de la formation même du mariage, plutôt qu'une des conditions d'aptitude; aussi en sera-t-il question ailleurs. Mais pour être apte à se marier, on doit souvent obtenir le consentement d'un tiers.

Dans nos idées et nos lois modernes, la faculté reconnue aux ascendants de permettre ou d'empêcher le mariage des descendants se fonde sur l'intérêt de l'enfant lui-même, et n'a d'autre raison que son âge. Ce point de vue est étranger au droit romain classique ; l'enfant *sui juris* pubère se marie sans consulter personne. Le Bas-Empire fit un pas timide dans une voie nouvelle ; il exigea pour le mariage des mineures de vingt-cinq ans, veuves ou filles, le consentement du père, ou de la mère, ou des proches parents à leur défaut ; mais ce germe de théories meilleures ne fut pas développé (C. 18, 20, *Cod.* 5-4).

On peut donc, en négligeant cette exception tardive, affirmer que les idées et les lois romaines ne se préoccupent pas de protéger le descendant qui se marie. Elles n'exigent que le consentement du *paterfamilias* ; en d'autres termes, la faculté de permettre et d'empêcher le mariage de l'enfant ne se fonde que sur l'intérêt du père ; c'est un attribut essentiel de la *patria potestas*, et qui disparaît avec elle. De là vient que : 1° Si l'enfant *sui juris* contracte librement mariage dès sa puberté, l'enfant *alieni juris* au contraire, quel que soit son âge, a besoin du consentement de son père ; 2° les ascendants maternels, la mère elle-même, ne sont jamais consultés ; 3° s'il y a plusieurs ascendants paternels, par exemple le père et l'aïeul, la logique pure voudrait que le consentement de l'aïeul fût seul indispensable, et c'est en effet la décision admise pour le mariage de la petite-fille, *neptis* ; quant au petit-fils, *nepos*, il lui faut les consentements réunis de l'aïeul et du père,

si le père se trouve aussi dans la famille. La raison en est que les enfants du petit-fils, destinés à passer un jour sous la puissance du fils, deviendront sans doute à son égard *heredes sui ;* or on ne doit jamais avoir d'héritiers siens malgré soi, *nemini invito heres suus agnascitur*. Le même danger ne provenait pas de l'union de la petite-fille, puisque ses enfants naissaient dans la famille du mari, et n'acquéraient pas les droits de *sui heredes* envers le grand père maternel (*Inst.* I, t. II, p. 7).

Du reste, le consentement du *paterfamilias* n'était pas nécessairement formel; on se contentait d'une adhésion tacite. Mais elle devait précéder le mariage.

39. *Refus ou impossibilité de consentir.* — Le législateur et les jurisconsultes eurent à régler deux hypothèses spéciales : 1° Il pouvait d'abord arriver que le père s'obstinât à refuser son consentement au mariage de l'enfant, et la République lui en reconnaissait le droit ; mais du jour où les lois portées sous Auguste, et qu'on étudiera plus tard, attachèrent des peines au célibat en même temps que des avantages à la paternité légitime, le magistrat, préteur ou président de province, fut admis à forcer le consentement du père, c'est-à-dire peut-être à le suppléer. 2° En d'autres cas, le père se trouvait hors d'état de consentir au mariage. Une impossibilité matérielle résultait de son absence ou de sa captivité; on permit de bonne heure au fils comme à la fille de se marier quand même, par la raison que si le père n'autorisait point l'union, tout au moins il ne s'y opposait pas, et que l'intérêt commun de l'enfant et de l'État invitait à passer outre ; Justinien plus sévère exigea l'expiration d'un délai de trois ans à compter du commencement de la captivité ou de l'absence. Une impossibilité morale résultait de la folie du père ; la faculté de contracter mariage *sine interventu patris* fut reconnue dès l'ancien droit aux filles ; pour les fils, qui pouvaient en se mariant donner des *heredes sui* au père, l'autorisation impériale dut jusqu'à Marc-Aurèle remplacer l'autorisation paternelle ; une décision de ce prince laissa subsister encore quelques doutes, que trancha Justinien en faveur de la liberté du mariage, sans distinction entre les fils et les filles (*Inst.* I, t. X, pr.).

§ III

Connubium.

40. On entend par *connubium* la capacité légale de contracter les justes noces. Il y a des personnes qui ne peuvent se marier avec qui que ce soit; d'autres ne peuvent se marier avec tel ou tel; bref le *connubium* désigne tantôt la capacité absolue, tantôt la capacité relative (*Ulpien*, V, 3).

Capacité absolue. — Sont absolument privés du *connubium* et n'ont droit à se marier avec personne : 1° Les esclaves, puisqu'il leur manque le *status libertatis;* 2° les Latins et les pérégrins, puisqu'il leur manque le *status civitatis ;* mais ils peuvent acquérir le *connubium* en acquérant la cité, ou par une concession spéciale du prince ; au temps de Justinien, il n'y a plus de non-citoyens que les barbares; 3° ceux qui sont déjà mariés, puisque la polygamie est interdite à Rome ; la dissolution du premier mariage leur en permet un second (*Inst.* I, t. X, p. 6-7, *Ulpien*, V, 4, 5).

Capacité relative. — En supposant deux personnes individuellement et séparément capables de contracter mariage, c'est-à-dire investies du *connubium* absolu, il est possible que le mariage demeure néanmoins interdit entre elles, c'est-à-dire qu'elles manquent du *connubium* relatif. La recherche des causes qui font obstacle à l'union de deux personnes déterminées, c'est la théorie des empêchements au mariage. Les Institutes laissent pressentir un assez grand nombre de ces empêchements ; on peut les ramener à deux catégories ; les uns reposent sur les exigences de la morale publique, les autres sur des considérations d'utilité sociale ou publique.

Les empêchements de morale publique tiennent surtout à la parenté ou à l'alliance.

41. *Parenté.* — La parenté est directe ou collatérale. 1° La parenté en ligne directe, *cognatio superior et inferior*, est le rapport qui existe entre deux personnes issues l'une de l'autre. Pour en compter les degrés, il suffit de compter les générations entre les deux personnes, une du père au fils, deux de l'aïeul au petit-fils, etc. Cette parenté en ligne directe, civile ou naturelle, adoptive ou réelle, provenue du mariage ou de toute autre union, fait absolument obstacle aux justes noces; elle l'empêche *in infinitum*,

c'est-à-dire quel que soit le nombre de degrés entre l'ascendant et le descendant. La prohibition survit même à sa cause dans le cas de l'adoption, en ce sens que l'adoptant ne pourra jamais épouser celle qui a été sa fille ou petite-fille adoptive (*Inst.* I, t. X, p. 1).

La parenté en ligne collatérale, *cognatio ex transverso* ou *à latere*, est le rapport qui existe entre deux personnes issues du même auteur commun, mais non l'une de l'autre. Pour l'évaluer exactement, on remonte de l'une à l'auteur commun, puis on redescend à l'autre, et le total des générations ainsi parcourues mesure les degrés, deux entre frères, trois entre oncle et nièce, tante et neveu, etc. Cette parenté, civile ou naturelle, adoptive ou réelle, provenue du mariage ou de toute autre union, apporte seulement deux obstacles aux justes noces, premièrement entre frères et sœurs, qu'ils soient germains, utérins ou consanguins, secondement entre l'oncle ou grand-oncle, et la nièce ou petite-nièce, la tante ou grand'tante et le neveu ou petit-neveu. Mais à la différence de ce qui se passe pour la ligne directe, la prohibition ne survit plus à sa cause dans le cas de l'adoption, et l'on a le droit d'épouser une sœur adoptive, lorsque cette fraternité civile est brisée par l'émancipation (*Inst.* I, t. X, p. 2, 3, 5).

42. *Alliance.* — L'alliance, *affinitas*, peut dans une acception vague et large se définir le lien qui unit entre eux les parents des deux époux; dans un sens plus précis, c'est le lien qui unit chacun des époux aux parents de l'autre. Les degrés en sont déterminés de même façon que dans la parenté. Établie par le mariage, elle ne lui survit pas; aussi faut-il noter cette bizarrerie, que l'empêchement dont elle est cause se manifeste après qu'elle est dissoute; car avant la fin du mariage, l'alliance qui en résulte n'ajoute rien à l'impossibilité pour chaque conjoint de contracter une autre union. En ligne directe, l'alliance s'oppose aux justes noces avec la même énergie que la parenté, c'est-à-dire *in infinitum;* je ne peux épouser ni ma belle-mère, ni ma bru, ni la bru de mon fils ; la fille que ma femme divorcée aurait eue d'un mariage postérieur, la fiancée de mon père, ou de mon fils, sont même par délicatesse assimilées à des alliées. En ligne collatérale, l'alliance ne faisait pas obstacle au mariage dans le droit classique; mais les empereurs chrétiens prohibèrent l'union du beau-frère et de la belle-sœur (C. 5. C. 5-5; *Inst.* I, t. X, p. 6, 7, 9).

43. Outre la parenté et l'alliance, les Romains connurent d'autres

prohibitions de mariage, plus ou moins étrangères à la morale et justifiées par des raisons de prudence et de politique; telles furent l'inégalité des conditions sociales, ou certaines différences de religion dans le Bas-Empire, ou des fonctions exercées en province, qui s'opposaient à l'union du fonctionnaire avec une femme de son ressort, etc. Ces empêchements, qui ne concourent pas d'ailleurs en un seul et même point de l'histoire romaine, et qu'on relève à différentes époques de la législation, n'offrent pas l'intérêt juridique des précédents; il suffit d'en marquer ici la place.

§ IV

Sanction des conditions requises.

Le mariage conclu dans les conditions d'aptitude et contrairement aux règles précitées fait naître deux questions, l'une de droit criminel, l'autre de droit civil.

44. *Sanction pénale.* — En effet, une sanction pénale doit atteindre la bigamie et l'inceste. La *bigamie* est punie dans l'époux qui contracte un second mariage avant la dissolution du premier, et dans le père de famille qui l'y autorise ; la peine est l'infamie au temps classique, et la mort sous Justinien. Quant à l'*inceste*, il faut établir une distinction. On appelle inceste du droit des gens l'union de deux parents en ligne directe, qui répugne à la conscience de tous les peuples. L'inceste du droit civil consiste dans l'union de parents collatéraux ou d'alliés ; les règles morales en sont plus incertaines ; aussi ce dernier n'entraîne-t-il pas de répression contre la femme, tandis que le premier n'admet aucune excuse. Les peines de l'inceste sont les unes corporelles, comme la relégation dans une île ; les autres pécuniaires, comme la confiscation de la dot, des donations à cause de mariage, et certaines restrictions à la capacité de tester; Justinien poussa dans certains cas la sévérité jusqu'à la mort (f. 1, *Dig.* 3-2 ; *Paul,* II, t. XXVI, p. 14, 15; *Nov.* 154).

45. *Sanction civile.* — Au point de vue civil, tout mariage dépourvu de l'une des conditions requises est comme s'il n'était pas ; il n'y a ni mari, ni épouse; si la femme avait apporté des biens sous le nom de dot, cette fausse qualification ne saurait les soumettre aux règles de la dotalité. Les enfants ne sont pas légitimes ; la puissance paternelle ne les atteint point; on les considère même, bien

que leur père soit connu, comme n'ayant pas de père ; on les range parmi les *spurii* ou *vulgò concepti* (*Gaius*, I, 64 ; *Ulpien*, V, 7).

On apporte deux graves tempéraments à la rigueur de cette théorie. En premier lieu, lorsque la cause de la nullité du mariage est de nature à disparaître, le mariage nul se valide par la continuation de la vie commune après la suppression de l'obstacle ; il se forme alors en réalité un nouveau mariage exempt de vice ; aussi ne vaudra-t-il que pour l'avenir, sans aucun effet rétroactif ; les textes appliquent cette règle aux *nuptiæ* de l'impubère, ou de l'enfant de famille sans le consentement paternel, ou du fonctionnaire en province. En second lieu, si l'un des époux au moins s'est marié dans l'ignorance du vice qui infectait l'union, le mariage nul produit en certains cas ses effets normaux en faveur des enfants, qui sont légitimes, et du conjoint ou des conjoints de bonne foi, pourvu qu'ils se séparent dès la découverte de l'empêchement. Cette curieuse décision fut d'abord appliquée par Marc-Aurèle à une hypothèse spéciale d'inceste du droit civil, et semble plus tard généralisée pour toutes les unions irrégulières : on y trouve le germe de notre mariage putatif (f. 11, *Dig.* 1-5 ; f. 4, f. 57, p. 1 ; f. 65, p. 1, *Dig.* 23-2 ; — C. 4, *Cod.* 5-5).

DEUXIÈME SECTION

FORMATION ET PREUVE DU MARIAGE.

Si l'on suppose deux personnes qui réunissent les trois conditions d'aptitude précédemment exigées, il reste à savoir comment elles réaliseront le mariage.

46. *Formation.* — Un point tout d'abord certain, c'est que le droit romain ne connaît pas à proprement parler de célébration du mariage ; il ne prescrit ni l'intervention du pouvoir social dans la personne d'un officier public, ni des solennités ou formes sacramentelles. Les mœurs environnaient les noces d'une pompe touchante et de cérémonies poétiquement décrites par les auteurs littéraires ; mais ces fêtes domestiques étaient en dehors de la sphère des lois.

Ainsi réduit aux proportions d'un acte essentiellement privé, le mariage était-il un contrat consensuel ou bien un contrat réel ? Dans la première opinion, il y a mariage dès que l'homme et la femme ont consenti à se prendre pour époux ; le second système

exige en outre la tradition de la femme à l'homme. Ni l'une ni l'autre de ces deux doctrines n'est entièrement vraie. Les Romains ont tenu le mariage au-dessus de toutes les divisions des contrats, parce qu'il en est le plus noble et le plus grand. La preuve, c'est que le propre de tout contrat est d'engendrer une action, et qu'on ne saurait citer l'action qui naît du mariage; de plus, les contrats ne sont dissolubles que du gré des deux parties en règle générale, tandis que l'un ou l'autre des époux a le droit de divorcer.

47. Le mariage romain ne peut donc se qualifier ni de contrat réel ni de contrat consensuel; c'est un état de droit et de fait, dont la formation suppose deux éléments indispensables : 1° *la volonté réciproque des parties ;* de là résulte, entre autres conséquences, qu'un fou ne se marie pas valablement en dehors de ses intervalles lucides, et que l'autorité paternelle n'est jamais allée jusqu'au pouvoir d'imposer à l'enfant un mariage contre son gré ; 2° *la mise de la femme à la disposition de l'homme :* en effet, parmi des textes significatifs, il en est un très-simple et d'une clarté rare, où nous lisons qu'un homme absent peut se marier, et qu'une femme absente ne le peut pas ; or, si le consentement des deux parties suffisait à les unir, l'une ou l'autre, éloignée de son domicile, serait indistinctement en droit de l'y transmettre par écrit ou par messager. La différence entre les deux cas tient donc à cette raison que, si la femme présente est conduite chez le mari absent, elle s'y trouve dès lors à sa disposition ; au contraire, quand la femme est absente, on aurait beau conduire le mari chez elle ; là n'est pas la maison conjugale, et l'épouse ne serait pas à la disposition de l'époux. Les Romains, comme on le voit, subordonnent la formation du mariage à la coexistence de deux éléments distincts, l'un moral, l'autre matériel, le consentement respectif et la possibilité de cohabitation. Le premier se manifestait d'une façon quelconque, écrite, verbale ou tacite ; on réalisait d'ordinaire le second en conduisant la femme chez le mari, par la *deductio in domum mariti;* mais ce n'était là que le plus usuel des moyens d'arriver à la fin désignée (*Paul*, II, t. XIX, p. 8 ; f. 12, p. 4 ; f. 14, p. 1 ; f. 25, *Dig.*, 49-15).

48. *Preuve.* — De ces divers caractères des *justæ nuptiæ*, il découlait que : 1° les oppositions au mariage, qui offrent la grande utilité de prévenir un acte qu'il faudra peut-être annuler, n'étaient pas connues à Rome ; car elles supposent une célébration publique. On sou-

tient en général, pour le même motif, qu'à la différence de notre loi française, la loi romaine n'avait pas d'empêchements prohibitifs, mais seulement des empêchements dirimants; c'est là une erreur certaine (*infrà* n° 53); 2° la preuve du mariage n'était pas régulièrement organisée : dès lors, quand deux personnes vivaient maritalement, surgissait un délicat problème: leur union était-elle mariage ou concubinat? En fait, cette lacune était à peu près comblée ; car le mariage avait sa preuve écrite dans l'acte ordinairement rédigé pour constater la dot de la femme ou les autres conventions matrimoniales, *instrumentum dotale*. A défaut de celle-là, les spectateurs de la fête de famille et de la solennité traditionnelle des noces fournissaient une preuve testimoniale. Subsidiairement les jurisconsultes ont admis et les empereurs ont consacré des présomptions suffisantes ; entre personnes de condition honorable et pareille, *inter pares honestate personas*, la vie commune faisait supposer le mariage; dans le cas contraire, *inter dispares honestate personas*, on présumait le concubinat. Il fut enfin décidé par Justinien que la cohabitation entre personnes ingénues serait toujours une présomption de mariage ; mais il exigea la rédaction d'un écrit pour les personnes *illustres* ou d'un rang supérieur (C. 22; C. 23, p. 7, *Cod.* 5-4; *Nov.* 64, c. IV-V; *Nov.* 117, c. IV).

TROISIÈME SECTION

EFFETS DU MARIAGE.

Le mariage produit d'importants effets, qu'il faut étudier au double point de vue des époux et des enfants.

§ I

Entre époux.

En laissant de côté la question déjà explorée de l'alliance que le mariage établit entre chacun des époux et les parents de l'autre, arrivons aux rapports tant personnels que pécuniaires du mari et de la femme.

49. *Rapports personnels.* — La loi romaine consacre ici deux grandes obligations dont la source est dans la morale, et que proclament tous les Codes.

1° L'une est l'obligation d'assistance ; de là sort la dette réciproque

d'aliments; là se rattachent aussi la dispense de déposer en justice contre son conjoint, l'impossibilité de le poursuivre par une action infamante ou pénale, et le bénéfice de compétence dont il sera traité plus tard (f. 22, p. 7-8, *Dig*. 24-3; f. 4, *Dig*. 22-5).

2° L'autre est l'obligation de fidélité, dont la violation constitue l'adultère, plus sévèrement puni sur la femme que sur le mari; en effet, le mari n'encourt que des peines pécuniaires, qui seront indiquées à propos de la dot; la femme s'expose de plus à des peines corporelles, la relégation d'abord, ensuite la mort depuis Constantin, et l'internement dans un cloître au temps de Justinien (*Ulpien*, VI, 12, 13; *Paul*, II, t. XIX, p. 5; C. 30, p. 1, *Cod*. 9-9; *Nov*. 134, c. 10).

Outre ces deux conséquences principales du mariage, la femme partage la condition juridique du mari; elle a de plein droit son domicile chez lui; enfin le mari la représente en justice comme son mandataire présumé (*Frag. Vat.*, 104; f. 22, p. 1; f. 32, *Dig*. 50-1; C. 21, *Cod*. 2-13).

30. *Rapports pécuniaires*. — Quant aux biens, la loi romaine, absolument étrangère à notre idée actuelle de la communauté, n'a tracé que deux systèmes ou régimes matrimoniaux. Le premier fut la concentration de la fortune des conjoints sur la tête du mari, dans le cas où le mariage s'accompagnait de la *conventio in manum* qu'on rencontrera bientôt. Le second, trop étroitement qualifié de régime dotal, acquiert la prépondérance dès le droit classique et domine exclusivement sous Justinien; il a pour trait essentiel la constitution d'un patrimoine destiné à supporter les charges du mariage, et dont le mari ne dispose en maître que jusqu'à la dissolution de la vie commune; ce patrimoine se forme des apports de chaque époux; l'un des apports est la *dot* venue du côté de la femme, et seule connue primitivement; l'autre est la *donatio propter nuptias*, venue du côté du mari, et définitivement organisée par Justin et Justinien; ce système a dès lors la forme d'un régime de double apport avec séparation de biens. Le mariage amène, en outre, une théorie propre pour les donations et successions entre époux, et relève chaque conjoint des incapacités infligées aux célibataires par les *leges caducariæ*. Ces divers points de droit seront développés sur les théories qu'ils concernent.

§ II

Envers les enfants.

51. L'effet le plus direct et le plus important du mariage à l'égard des enfants est de produire la filiation légitime; elle leur vaut le titre de *justi liberi*, et sert de type pour caractériser les autres filiations, plus ou moins imparfaites, dont l'origine est en dehors des *justæ nuptiæ*.

La filiation légitime se détermine et s'établit, envers la mère, par le fait matériel et facile à constater de l'accouchement. Envers le père, on a dû remédier à l'impossibilité de la certitude directe par une présomption raisonnable, qui est passée des lois romaines dans nos lois françaises; c'est l'adage célèbre : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, fondé sur la supposition que la femme mariée enfante des œuvres de son mari. De là suit que :

1° Le mari est réputé le père de tous les enfants conçus dans le mariage, c'est-à-dire nés depuis le commencement du septième mois ou cent quatre-vingt-unième jour après la formation des *nuptiæ*, jusqu'à la fin du dixième mois ou trois cent-unième jour après leur dissolution. En effet, dans l'opinion des jurisconsultes, la plus courte gestation est de cent quatre-vingt jours pleins, et la plus longue de trois cents jours pleins. Donc l'enfant mis au monde entre les deux limites indiquées peut appartenir au mari, et par conséquent lui appartient. Le mari est raisonnablement admis à renverser cette présomption, en établissant que dans la période où a dû avoir lieu la conception, et qui est de cent vingt jours depuis le trois cent-unième au plus tôt jusqu'au cent quatre-vingt-unième au plus tard avant la naissance, il s'est trouvé matériellement hors d'état de cohabiter avec sa femme, soit à cause d'absence, soit par suite de maladie ou d'accident. L'adultère de la femme n'autorise pas à lui seul le désaveu de l'enfant;

2° Quant aux enfants simplement nés dans le mariage, c'est-à-dire avant le cent quatre-vingt-unième jour qui suit les noces contractées, ou nés en dehors du mariage, c'est-à-dire après le trois cent-unième jour qui suit la dissolution, ils sont illégitimes dans le droit classique. Justinien attribue les premiers au mari, par la raison d'ailleurs plausible qu'ils auront été le plus souvent conçus de ses œuvres avant le mariage (f. 5, *Dig.* 2-4; f. 12, *Dig.* 1-5; f. 3, p. 11, 12;

Dig. 38-16; — f. 6, *Dig.* 1-6; — C. 11, *Cod.* 5-27; — *Nov.* 89, c. 8).

52. *Preuve.* — Il était ouvert aux intéressés quatre moyens de prouver la filiation légitime. En premier lieu venaient les registres de naissance, en usage sous la République, et rendus obligatoires par Marc-Aurèle; le père devait déclarer la naissance dans le mois. A défaut de ces registres, on pouvait invoquer, soit la possession d'état d'enfant légitime, soit le testament ou la reconnaissance émanée du père et signée de trois témoins. Subsidiairement s'appliquait la preuve testimoniale, qui exigeait cinq témoins. L'action en reconnaissance de la paternité légitime s'appelait de *partu agnoscendo* (*Inst.* IV, t. VI, p. 13).

Avantages. — Cette filiation procurait aux *justi liberi* deux avantages inégaux. Le plus mince était la cognation ou parenté du sang, qu'ils acquéraient dans les lignes paternelle et maternelle; il en résultait pour les ascendants le devoir d'éducation, pour les descendants le devoir de *reverentia*, de part et d'autre l'obligation d'aliments. Le plus précieux était l'agnation ou parenté civile, acquis seulement dans la ligne paternelle, et suivant une définition déjà donnée. De plus, la condition du père passait aux enfants, *liberi patrem sequuntur* (*Ulpien*, V, 8; *Dig.* 25-3).

QUATRIEME SECTION

DISSOLUTION DU MARIAGE.

Le mariage se dissout par la mort naturelle ou civile de l'un des époux et par le divorce.

53. **Mort naturelle ou civile.** — Il importait, à quelques points de vue, de distinguer si le mari ou la femme prédécédait. Ainsi le mari n'était pas obligé de porter le deuil de sa femme, et pouvait se remarier immédiatement. Au contraire, la femme devait attendre l'expiration du *legitimum tempus* ou délai de viduité, dix mois dans le droit classique, un an sous les empereurs chrétiens. La veuve contrevenante s'exposait à diverses peines, telles que l'infamie et la perte des libéralités entre-vifs ou testamentaires de son mari; mais son union n'était pas nulle; il y a donc là un incontestable exemple de ces empêchements que nous appelons prohibitifs dans notre langue moderne. La raison primitive de cette règle fut la crainte de la *turbatio sanguinis* ou confusion de part, et

finit par se corroborer d'un motif de convenance (f. 1; f. 11, p. 1-4, *Dig.* 3-2; C. 1, 2, *Cod.* 5-9).

Quant à la mort civile, on entend par là toute *maxima* ou *media capitis deminutio* de l'un des époux, c'est-à-dire toute perte de la liberté ou de la cité. A l'époque des jurisconsultes, la servitude brise toujours le mariage; on n'excepte, par application du *postliminium*, que le cas où les deux époux, faits prisonniers ensemble, subissent ensemble l'esclavage et reviennent en même temps. Depuis Justinien, la *servitus pœnæ* est abolie, et la captivité n'opère dissolution du mariage qu'après cinq ans. La déportation ou l'interdiction de l'eau et du feu, en supprimant le *jus civitatis*, fait disparaître le *connubium*, et partant les *justæ nuptiæ;* le mariage du droit civil se transforme en mariage du droit des gens; le condamné perd sa *patria potestas* sur les enfants déjà nés et ne saurait l'acquérir sur les enfants à naître, puisqu'ils seront pérégrins à son image (f. 5, p. 1, *Dig.* 48-20; *Inst.* I, t. XII, p. 1; *Nov.* 22, c. 7).

54. **Divorce.** — Le divorce est la séparation volontaire et régulière qui met fin au mariage. Si la loi romaine l'autorisa dès l'origine, il n'entra dans les mœurs qu'aux approches de l'empire; mais il prit dès lors une extension scandaleuse; historiens, poëtes et moralistes en flétrirent l'abus. Le principe du divorce resta néanmoins inébranlable et respecté, si bien qu'on déclarait nulles toutes conventions destinées à le prohiber ou même à le gêner entre deux conjoints (C. 2, *Cod.* 8-39).

Comment se réalisait-il? Le divorce offre deux aspects. 1° Ou bien, sous le nom spécial de *divortium,* il s'opérait par le consentement mutuel des deux époux, *bona gratia;* aucune forme légale ne lui fut imposée; au début du règne de Justinien, il ne relevait encore que de la convention des parties. Mais plus tard, en 542, Justinien le défendit en thèse générale, à moins qu'il n'intervint *propter castitatem*, c'est-à-dire amené de part et d'autre par la volonté de vivre désormais dans une absolue continence. 2° Ou bien, sous le nom spécial de *repudium*, il s'opérait par la répudiation, qui était le refus unilatéral de l'un des conjoints de continuer la communauté d'existence; libre de formes jusqu'au règne d'Auguste, la volonté de répudier ne fut plus valablement exprimée, à partir de la loi *Julia de adulteriis*, qu'en présence de sept témoins, citoyens et pubères (*Nov.* 22, c. 4; *Nov.* 117, c. 10; — f. 9, *Dig.* 24-2).

Des précautions avaient été prises par le sénatus-consulte Plancien et l'édit du préteur, pour écarter l'une ou l'autre des deux supercheries à craindre d'une femme divorcée, la *suppositio partûs* ou la *suppressio partûs*, c'est-à-dire la fiction ou la dissimulation de la maternité (f I, *Dig.* 25-3 ; *Paul*, II, t. XXIV).

55. Les empereurs chrétiens devaient être plus sévères pour le *repudium*, et l'on peut ainsi résumer l'ensemble de leurs décisions ; dans le dernier état du droit romain, est seul permis sans obstacle le divorce pour causes légitimes et déterminées, tellesque l'adultère ou l'inconduite grave de la femme, l'impuissance du mari, etc. Le divorce sans cause et pour causes frivoles fait encourir à l'époux qui en est coupable une incapacité plus ou moins longue de se remarier, et quelquefois la déportation. Des peines pécuniaires sont en outre infligées au conjoint qui fournit la cause légitime de divorce, ou qui divorce sans cause légitime (C. 8, 11, *Cod.* 5-17; *Nov.* 22; *Nov.* 117).

56. **Effets de la dissolution.** — A la dissolution du mariage, les époux, libérés de leurs obligations mutuelles, reprennent ou gardent la dot ou la donation *propter nuptias*, suivant des distinctions qu'il n'est pas encore temps d'établir. Si la dissolution provient de la mort de l'un des époux, les enfants nés du mariage sont confiés au survivant, sauf un testament contraire du père ; en cas de divorce, on accorde généralement la préférence à l'époux innocent. Dans le droit de Justinien, les enfants concourent avec le parent survivant pour des portions viriles sur la nue propriété de la dot ou de la donation *propter nuptias* (*Nov.* 98, c. 1-2; *Nov.* 117, c. 8).

57. **Secondes noces.** — Le paganisme n'attachait aucune défaveur aux secondes noces; elles étaient même indispensables, sous les lois caducaires, pour échapper aux peines du célibat dans le veuvage. Mais le christianisme les vit de mauvais œil, dans l'hypothèse où des enfants survivaient à l'union dissoute. Aussi prit-on des mesures restrictives; par exemple, la mère qui convolait à de secondes noces perdait l'éducation des enfants du premier lit, et la tutelle sous Justinien ; le conjoint remarié se voyait dépouillé, à leur profit, de la nue propriété des gains nuptiaux qui résultaient de son précédent mariage; enfin il ne pouvait laisser à son nouveau conjoint au delà d'une part d'enfant du premier lit le moins prenant ; la libéralité était nulle pour le surplus (*Cod.* 5-9; *Nov.* 22).

APPENDICE

UNIONS LÉGALES AUTRES QUE LE MARIAGE.

Le droit romain reconnaît trois unions inférieures, qui diffèrent sensiblement du mariage.

58. **Concubinatus.** — Au-dessous des justes noces, les mœurs plaçaient une autre association domestique, le *concubinatus;* on le nomme concubinat dans notre langue, pour le distinguer nettement de ce que nous appelons concubinage. Car cette liaison ne constituait pas une débauche; les lois civiles et religieuses l'avaient également acceptée.

Le concubinat exigeait à peu près les mêmes conditions d'aptitude que le mariage. Ainsi, comme le mariage, il reposait sur le principe de la monogamie, et supposait tant la puberté que le consentement du père de famille. De même, les prohibitions de mariage fondées sur la morale se retrouvent ici; le concubinat ne saurait exister entre parents ou alliés. Mais les empêchements d'utilité politique ou sociale ne le concernaient pas; car sa raison d'être et son importance furent précisément dans le moyen qu'il donna de les tourner. Par exemple, le gouverneur de province pouvait prendre en concubinat une *provincialis* de son ressort, et généralement tout citoyen était libre de choisir pour *concubina* la femme qu'une différence de condition ne lui permettait pas d'épouser (f. 56, *Dig.* 23-2; — f. 1, p. 4; f. 5, *Dig.* 25-7; — C. 1, *Cod.* 5-26).

Le concubinat se formait comme le mariage par la volonté des parties et la mise de la femme à la disposition de l'homme. En effet, l'intention seule des contractants déterminait l'union contractée. Cette intention n'était point douteuse dans les cas où la loi s'opposait aux *justæ nuptiæ;* pour toute autre hypothèse, la preuve en résultait des modes déjà signalés (*suprà*, n° 48; *Paul,* II, t. XX, p. 1).

Entre les concubins manquait l'élément essentiel du mariage, qui est l'indivisibilité juridique des conditions; la femme n'acquérait ni la situation sociale, ni le domicile de l'homme. La sanction rigoureuse de l'adultère, signe de la fidélité requise, ne s'attachait pas au concubinat, si ce n'est entre le patron et l'affranchie; les donations restaient permises. Ces marques de l'infériorité de la

concubine tiennent à ce qu'elle n'était ordinairement ni de très-haute classe, ni de passé bien irréprochable; les noms vénérés d'*uxor* et de *materfamilias* ne lui appartenaient pas (f. 13, *Dig*. 48-5; f. 3, p. 1, *Dig*. 24-1).

Quant aux enfants, on les appelait *liberi naturales;* à l'égard de la mère, ils avaient la même situation que des enfants légitimes, c'est-à-dire qu'ils étaient ses cognats; mais à l'égard du père, ils n'étaient pas agnats. La puissance paternelle et la famille civile leur demeuraient donc étrangères.

Le concubinat prenait fin à la mort des parties ou par leur volonté, en dehors des règles du divorce.

59. **Matrimonium injustum.** — Le *connubium* présuppose la *civitas;* donc entre Latins, entre pérégrins, entre Latins et pérégrins, entre Latins ou pérégrins et Romains, les *justæ nuptiæ* sont impossibles. Cependant de telles unions se contractaient souvent, et les ramener au concubinat eût choqué plus d'une fois le bon sens et la justice. On en vint à les considérer comme un mariage d'ordre inférieur; les *justæ nuptiæ* furent le mariage romain, et l'on qualifia de *matrimonium injustum* ou *sine connubio* le mariage étranger, c'est-à-dire entre personnes dont l'une au moins n'était pas romaine; c'était le droit des gens en face du droit civil. Ce dualisme fut presque effacé par la constitution de Caracalla, qui accorda la *civitas* et par suite le *connubium* à tous les habitants de l'Empire; Justinien le fit disparaître tout à fait en supprimant les Latins juniens et les déditices. On s'explique ainsi l'absence de documents et de textes suffisants pour élucider cette intéressante question de *jus gentium*.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que ce mariage, intermédiaire entre le concubinat et les justes noces, communiquait sans doute à la femme le rang social et la condition juridique de l'homme, mais non sa nationalité ni peut-être son domicile. Il créait entre les époux un devoir de fidélité conjugale, qui rendait punissable l'adultère de la femme; seulement le mari n'était pas armé pour cette accusation d'un droit aussi fort que dans les *justæ nuptiæ*. Enfin des conventions matrimoniales étaient possibles, sous toute autre forme que le régime dotal proprement dit, et il n'existait pas de succession entre époux. Les enfants, attribués au mari par application de la maxime *pater is est*, l'avaient pour père légalement certain; mais ils n'étaient pas en sa puissance, et suivaient la

condition de leur mère, sauf quelques dispositions spéciales (f. 13, p. 1, *Dig.* 48-5 ; — f. 1, *Dig.* 38-11 ; — *Ulpien*, V, 8).

Cette union prenait fin par le divorce, la mort ou des événements destinés à la transformer en mariage romain, comme la concession du *jus civitatis*, etc.

60. **Contubernium.** — Le *contubernium* est l'union continue de deux esclaves, ou d'une personne libre et d'un esclave. La formation ni le maintien n'en peuvent jamais dépendre de la seule volonté des parties, puisque l'une au moins appartient à un maître. La femme libre était écartée du *contubernium* avec l'esclave d'autrui par le sénatus-consulte Claudien que nous connaissons, et la peine de mort menaça depuis Constantin celle qui s'y livrerait avec son propre esclave.

Cette union n'était guère qu'un pur fait, étranger aux lois. Cependant la parenté de sang dont elle était la source, *cognatio servilis*, produisait après la manumission un certain droit successoral et des empêchements de mariage. En outre, les jurisconsultes recommandaient la tolérance pour ce genre de lien, et n'admettaient pas facilement l'acheteur de deux esclaves ainsi unis, à ne résilier la vente que pour l'un des deux (C. 1, *Cod.* 9-11 ; —*Inst.* I, t. X, p. 10; III, t. VI, p. 10; — f. 35, *Dig.* 21-1).

CHAPITRE V

DE LA LÉGITIMATION.

(*Inst.* I, t. X, p, 13.)

61. La légitimation, deuxième mode de constitution de la puissance paternelle, la procure au père sur l'enfant postérieurement à sa naissance.

On appelle *liberi justi* les descendants issus de mariage, et tous les autres *liberi injusti*. La situation de ces derniers est uniforme en ce sens qu'ils ont une mère certaine, qu'ils suivent la condition maternelle, et qu'ils sont *sui juris*.

Mais sous un autre aspect, les *liberi injusti* se subdivisent en deux classes. Les uns ont un père certain ; ce sont les enfants des trois unions légales qu'on vient d'étudier après les justes noces, c'est-à-dire du concubinat, du mariage étranger ou du *con-*

tubernium. Les autres n'ont pas de père certain ; ce sont les enfants nés d'un rapprochement fortuit, d'une liaison passagère ou d'un mariage nul ; on les nomme *spurii* ou *vulgo concepti*. L'intérêt de cette subdivision est double : 1° les maigres effets de la filiation illégitime, par exemple, la cognation et l'obligation d'aliments, se produisent suivant les cas dans les rapports de l'enfant avec la mère seule, ou tout ensemble dans ses rapports avec le père et la mère ; 2° l'enfant dont le père est certain peut venir en sa puissance par des modes spéciaux, qui constituent la légitimation au sens général du terme.

Car si le mot de légitimation n'est pas connu dans le droit classique, la chose existe sans contredit pour les enfants nés d'un *matrimonium injustum* ; on les voit tomber après coup sous la *patria potestas* par des voies déterminées, dont la plus directe est la concession impériale, *principale beneficium*. Dans la seconde moitié de l'Empire, Constantin et ses successeurs imaginent le moyen d'élever au rang d'enfants du mariage les enfants du concubinat; c'est la légitimation proprement dite. Or le *matrimonium injustum* disparaît vers cette époque ; dès lors on aperçoit que le concubinat et la légitimation sont deux institutions étroitement corrélatives.

La légitimation peut se définir un acte civil qui met sous la puissance de leur père des enfants issus du concubinat ou *liberi naturales*.

§ I

Légitimation parfaite.

62. Après divers essais provisoires de Constantin et de Zénon, l'empereur Anastase, en l'année 517 de notre ère, posa définitivement et pour l'avenir le principe de la *légitimation par mariage subséquent*, qui est passée dans notre droit.

Conditions. — La légitimation par mariage subséquent ne tend pas à justifier les suites d'un commerce prohibé ; elle suppose l'union très-légale et très-licite du concubinat, qui rend la paternité certaine. Pour transformer par ce procédé les *liberi naturales* en *liberi justi*, il faut quatre conditions : 1° un mariage valable entre deux anciens concubins ; 2° que ce mariage ait été possible lors de la conception de l'enfant ; ainsi les enfants conçus d'un fonctionnaire et d'une *provincialis* de son ressort ne seront pas légitimés par le ma-

riage qu'il pourra régulièrement contracter *post depositum officium;* à plus forte raison se trouvent exclus les enfants incestueux ou adultérins; 3° qu'un acte de dot, *instrumentum dotale*, ait été rédigé, non pour valider le mariage qui n'en a pas besoin, mais pour le rendre manifeste; 4° que l'enfant ne s'oppose pas à la légitimation; en n'exigeant pas un consentement exprès, on rend l'institution applicable aux impubères en bas âge, même aux êtres simplement conçus et pas encore nés. Avant Justinien, deux autres conditions étaient requises, à savoir l'inexistence d'enfants d'un précédent mariage et l'ingénuité de la concubine; mais ce prince les effaça. Dans son désir de supprimer à cet égard toute différence entre les ingénues et les affranchies, il alla jusqu'à décider que le marige d'un patron avec sa *liberta* légitimerait les enfants qu'elle lui aurait donnés durant l'esclavage; c'est une exception à la nécessité du *connubium* lors de la conception, et le seul cas où la légitimation profite à des enfants issus *a contubernio* (*Inst. hic;* C. 5, 6, 10, 11, *Cod.* 5-27; — *Nov.* 18, c. 11; *Nov.* 78).

63. *Extension.* — Cette théorie offrait une lacune grave. L'impossibilité du mariage s'opposait au désir du père de légitimer ses *liberi naturales*, dans les cas de mort, absence, indignité ou refus de la mère. Justinien imagina la *légitimation par rescrit du prince*, essentiellement subsidiaire à la légitimation par mariage subséquent; on en signale deux applications. Tantôt le père sollicite lui-même la décision impériale; les conditions requises sont l'inexistence de descendants légitimes, et sans doute aussi l'adhésion au moins tacite de l'enfant. Tantôt, si le père est mort en exprimant dans son testament le vœu que l'enfant soit légitime, celui-ci s'adresse lui-même à l'empereur. Il est bien clair que, dans l'une ou l'autre hypothèse, l'effet juridique procède du rescrit de l'empereur ou *beneficium principale;* la prétendue légitimation *ex testamento*, distinguée par quelques auteurs et peut-être par Justinien lui-même, n'est donc qu'une chimère (*Nov.* 89, c. 9-10).

64. *Effets.* — En conséquence, il est naturel de confondre sous le nom de légitimation parfaite le mariage subséquent et le rescrit du prince. 1° L'une et l'autre de ces institutions ont pour cause l'intention louable d'ennoblir les enfants du concubinat, inférieurs dans l'idée chrétienne aux enfants du mariage. 2° L'une et l'autre ont pleine efficacité; les enfants ainsi relevés acquièrent pour l'avenir tous les droits de la filiation légitime; ils tombent avec leurs propres

descendants sous la *patria potestas*, qui leur procure, envers le père et toute la famille paternelle, l'agnation et ses grandes conséquences de tutelle ou de succession. Mais ces résultats ne sont pas rétroactifs; par exemple, le légitimé ne saurait prétendre aux successions ouvertes avant son entrée dans la famille civile (*Nov.* 89, c. 8; *Inst.* I, t. XI, p. 11).

§ II

Légitimation imparfaite.

65. Dès l'année 442 ou 443 de notre ère, Valentinien et Théodose avaient imaginé une légitimation *per oblationem curiæ*, qui devint immédiatement définitive et permanente.

On entend par *curia*, dans le Bas-Empire, une sorte de sénat municipal; il en existe dans toutes les cités, et jusque dans les chefs-lieux de villages, *metrocomiæ*, cantons. Les membres de ces petits sénats, *curiales* ou curions, jouissent de certaines prérogatives, telles que l'aptitude exclusive aux honneurs municipaux, et l'exemption de certaines peines rigoureuses ou déshonorantes, fustigation, mines, torture. Mais ces priviléges sont plus que balancés par des charges écrasantes; les *curiales* doivent notamment avancer de leurs deniers à l'État l'impôt foncier et l'impôt personnel, *jugatio et capitatio*, et l'insolvabilité des contribuables, fréquente dans ces temps de misère, rend trop souvent leur recours illusoire. Aussi cherchait-on de tous côtés à fuir ces dangereuses fonctions de la curie. Les empereurs en organisèrent le recrutement par diverses mesures de violence ou d'adresse; la plus efficace fut l'hérédité de la dignité de curion. Or les enfants du concubinat, étrangers à la condition paternelle, n'avaient pas le fardeau de cette pénible succession; de là vint que Théodose et Valentinien permirent au père de légitimer ses *liberi naturales* en les offrant à la curie de sa patrie, qu'il fût ou non lui-même *curialis*.

Conditions. — Avant Justinien, trois conditions étaient exigées; il fallait : 1° que le père donnât à son fils naturel au moins vingt-cinq arpents de terre; 2° que l'enfant ne s'opposât point à la légitimation; 3° que le père n'eût pas d'enfants légitimes. Justinien supprima la dernière de ces trois conditions, et déclara la légitimation applicable même au fils d'une esclave, sous la double réserve que le père serait curion et n'aurait pas de *liberi justi*. Enfin

les enfants naturels, dans le cas de prédécès du père sans postérité légitime, eurent le droit de s'offrir eux-mêmes à la curie.

Quant aux filles, exclues des charges publiques, le bénéfice de cette institution leur fut néanmoins communicable dès l'origine ; il suffisait de les marier à un curion, avec une dot de vingt-cinq arpents de terre.

66. *Effets.* — Mise en parallèle avec la légitimation par mariage subséquent ou par rescrit, la légitimation par oblation à la curie est justement qualifiée d'imparfaite. Car elle ne procède pas de la même cause morale ; elle a moins en vue le relèvement social des enfants naturels que l'intérêt politique et fiscal de la constitution des curies. Les effets en sont aussi moins énergiques. L'enfant tombe bien sous la *patria potestas ;* mais il ne devient agnat que de son père, et non des autres parents paternels ; envers le père lui-même, s'il y a des enfants légitimes, il est inhabile à recevoir, par suite de dispositions testamentaires, plus que ne recueille l'enfant légitime le moins prenant (*Inst.* p. 13, *hic ;* C. 9, *Cod.* 5-27 ; *Nov.* 89, c. 2-5).

CHAPITRE VI

DE L'ADOPTION.

(*Inst.* I, t. XI.)

67. L'adoption, troisième et dernière source de la puissance paternelle, diffère du mariage et de la légitimation par deux caractères bien tranchés.

D'abord elle procure le plus souvent l'acquisition de la puissance paternelle sur des enfants d'autrui ; on les appelle *liberi adoptivi*, en les opposant aux enfants du sang, nommés dans cette acception *naturales liberi.* Ensuite, si le mariage toujours et la légitimation d'ordinaire sont des actes privés, l'adoption est un acte essentiellement public.

L'adoption, très-rare chez nous, était d'un usage fréquent à Rome. Dans l'ordre politique, elle servait à la conservation des noms illustres et des races glorieuses, avec leur culte domestique et leurs vieux souvenirs. Dans l'ordre civil, elle fournissait un moyen d'ouvrir la famille légale aux parents de la nature ou cognats,

trop dédaignés par l'ancien droit; et jusqu'à l'organisation d'une légitimation régulière sous le Bas-Empire, elle en remplit l'office; car il suffisait d'adopter les enfants du concubinat pour les transformer en *justi liberi*.

L'adoption se définit un acte solennel, dont l'effet classique est de mettre un citoyen romain sous la puissance paternelle d'un autre citoyen romain, en les reliant artificiellement par un rapport de filiation légitime. De cette définition sort un principe célèbre, *adoptio naturam imitatur*.

Dans le Bas-Empire, il est quelques cas, inconnus des jurisconsultes de la grande époque, où l'adoption n'a plus son résultat normal de créer la puissance paternelle. Cette observation conduit à distinguer l'adoption régulière et l'adoption irrégulière.

SECTION I

ADOPTION RÉGULIÈRE.

L'adoption régulière ou *plena*, la seule pratiquée dans la grande époque, fait acquérir la puissance paternelle, tantôt sur une personne *sui juris* qui se donne elle-même, tantôt sur une personne *alieni juris* qui est donnée par son *pater*. La première application se nomme *adrogatio*, la seconde *adoptio* proprement dite.

§ I

Conditions de formes.

Les formes de l'une et de l'autre diffèrent profondément.

68. *Formes de l'adoption.* — S'agit-il d'une adoption proprement dite? l'enfant doit sortir d'une puissance paternelle pour entrer sous une autre. Le père épuise donc sa *patria potestas*, sur la fille ou le petit-enfant par une seule mancipation, sur le fils par trois mancipations, dont les deux premières sont suivies de deux affranchissements qui remettent le fils sous le joug du père, et dont la troisième seule l'en libère définitivement. Dans cette situation, le père dépouillé de la *patria potestas*, le tiers investi du *mancipium*, et l'enfant se rendent devant le magistrat; le tiers réclame l'enfant comme sien, le père acquiesce ou se tait, et le préteur, par une déclaration appelée *addictio*, proclame que l'enfant appartient au

tiers; l'adoption est faite. Ce procédé paraît plus étrange que logique; car on y voit passer de la tête du premier père sur la tête du second une puissance paternelle qui n'est plus. Justinien a bien fait de remplacer ce mécanisme incohérent; dans son nouveau droit, l'adoption résulte d'une déclaration du père au magistrat, en présence de l'adoptant et de l'adopté, le tout consigné sur les registres officiels ou *acta publica* (*Gaius*, I, 101 ; *Inst*. I, t. XI, p. 1).

Formes de l'adrogation. — S'agit-il d'une adrogation? alors intervient, non plus le magistrat, mais le législateur. Trois périodes sont faciles à discerner. 1° Sous la République, l'adrogation relève des pontifes et des comices par curies; les pontifes font une enquête sur la situation et les mobiles de l'adrogeant; le projet revêtu de leur approbation est porté devant les comices, où le *magistratus senatorius*, par exemple le consul, demande successivement à l'adrogeant, à l'adrogé et au peuple s'ils consentent à l'adrogation; elle tire son nom de ces trois *rogationes*. 2° Plus tard, déjà même au temps de Cicéron, les curies ne se réunissent plus; trente licteurs sous la présidence du magistrat en sont le simulacre, et quoique les jurisconsultes, fidèles à la théorie, attribuent encore l'adrogation aux comices, Tacite a le bon sens de n'y voir désormais que l'œuvre des pontifes. 3° Enfin, suivant le cours général des institutions romaines, l'empereur s'arroge cette attribution comme les autres, et le changement paraît consacré dès le règne de Dioclétien. L'adrogation se fait alors *principali rescripto;* le magistrat est chargé de l'enquête et de la constatation du rescrit dans les *acta publica* (C. 2, 6, *Cod.* 8-48; (*Gaius*, I, 98; Tacite, *Hist.* I, 15).

69. *Parallèle.* — Comme on le voit, la volonté des parties est plus libre dans l'adoption que dans l'adrogation; car le magistrat ne peut refuser son concours à l'adoption, tandis que le législateur est souverainement maître d'accepter ou de rejeter l'adrogation. Ce n'est d'ailleurs que justice. L'adoption a pour objet unique de déplacer une puissance paternelle, et ne touche pas à l'ensemble des familles romaines; au contraire, par l'adrogation, une personne *sui juris* devient *alieni juris*, un *paterfamilias* change d'état, éteint son foyer, renverse ses autels et fait disparaître une famille. Cette modification profonde dans la composition de la cité demandait le concours et l'acquiescement de la cité.

A cette différence capitale s'en rattachaient quelques autres; ainsi : 1° la présence de magistrats dans les provinces rendait l'adoption possible en tous lieux; mais l'adrogation, tant qu'elle n'émana point du rescrit impérial, ne fut praticable qu'à Rome, au siége des comices; 2° le consentement de l'adrogé devait être formel, puisqu'il intervenait sur une *rogatio* spéciale ; quant à l'adopté, il suffisait du défaut d'opposition de sa part, ce qui permettait l'adoption de l'*infans* ou du fou.

D'un autre côté, les formes de ces deux opérations n'étaient pas sans ressemblance ; ainsi : 1° l'une et l'autre exigeaient la présence de l'adopté ou de l'adrogé ; cette règle tomba sans doute pour l'adrogation, du moment qu'elle se fit par rescrit ; 2° ni l'une ni l'autre ne supportaient de terme ou de condition; car elles tendaient à constituer la *patria potestas*, qui ne saurait se comprendre temporaire ou conditionnelle (f. 34, *Dig.*, 1-7).

§ II

Conditions de personnes.

Toutes les personnes indistinctement ne sont pas admises à figurer dans l'adrogation ou dans l'adoption.

70. **Rôle actif.** — Pour jouer le rôle d'adoptant ou d'adrogeant, il faut avoir l'aptitude juridique et physique à la puissance paternelle. Or, sont juridiquement incapables d'acquérir la puissance paternelle, et partant d'adroger et d'adopter : 1° les esclaves; 2° les non citoyens; 3° les femmes ; 4° les fils de famille.

Sont physiquement incapables les eunuques ou castrats, *castrati*; si l'on admet, au contraire, la validité de l'adrogation ou de l'adoption faite par un impuissant, *spado*, de même que la validité de son mariage, c'est par le motif que l'impuissance naturelle défie toute constatation positive. Outre l'aptitude physique à devenir père en général, on doit pouvoir être spécialement le père de la personne qu'on adopte ou qu'on adroge, c'est-à-dire, en droit, avoir au moins dix-huit ans de plus qu'elle (*Inst.*, p. 4, 9, *hic*).

Ces conditions sont exigées dans l'adoption comme dans l'adrogation. Mais l'adrogation en requiert deux autres : la loi veut que l'adrogeant n'ait pas d'enfants légitimes, et qu'il ait soixante ans accomplis; car jusqu'à cet âge, l'homme était en demeure de se

marier, d'après le système des lois caducaires (f. 15, p. 2-3; f. 17, p. 3, *Dig*. 1-7).

71. **Rôle passif.** — Distinguons des incapacités relatives et des incapacités absolues.

Incapacités relatives. — Le plus célèbre exemple d'incapacité relative est étranger au droit classique. Jusqu'au règne de Justin, le père eut la faculté d'adopter ou d'adroger ses enfants issus du concubinat; ce prince l'en empêcha, dans la vue de pousser à la légitimation par mariage subséquent. Une telle prohibition, déraisonnable pour les cas où le mariage se trouvait impossible, n'eut plus d'inconvénients dès l'instant que Justinien inventa la légitimation par rescrit (C. 7, *Cod*. 5-27; *Nov*. 74, c. 3).

Incapacités absolues. — Quant aux incapacités absolues, mettons d'abord l'esclave hors de cause; puisqu'il lui manque le *jus civitatis*, il ne saurait être ni adrogé, ni adopté; tout au plus une déclaration d'adoption, faite par le maître à propos de son *servus*, vaudrait-elle manumission *per nominationem filii*. Les femmes, au contraire, ont toujours fait l'objet d'une adoption valable; mais l'adrogation leur était inapplicable sous l'ancienne forme, parce qu'elles n'avaient pas accès dans les comices; une fois le consentement des curies remplacé par le rescrit du prince, cette règle disparut, au plus tard sous Dioclétien. Le mineur de vingt-cinq ans, dont l'adoption et l'adrogation furent libres à l'origine, ne put depuis Claude se donner en adrogation que sur l'avis conforme d'un curateur (*Inst*., p. 12; C. 8, *Cod*. 8-48; f. 8, *Dig*. 1-7).

Adrogation de l'impubère. — La situation de l'impubère demande un examen plus approfondi. Il n'y a jamais eu d'obstacle à son adoption; mais son adrogation demeura longtemps interdite en thèse générale, par le double motif que les comices lui étaient inaccessibles, et qu'on ne voulait pas reconnaître à son tuteur le pouvoir exorbitant d'éteindre la tutelle en le rendant *alieni juris*. Antonin le Pieux, dans un rescrit adressé au collége des Pontifes, autorisa pour l'avenir et soumit à des conditions spéciales l'adrogation de l'impubère.

La constitution d'Antonin sauvegarde du même coup l'intérêt du pupille qu'on adroge et l'intérêt de certains tiers.

72. *Précautions prises pour l'impubère.* — Dans l'intérêt de l'impubère sont prescrites des mesures préalables, telles que le consentement de son tuteur, l'avis de ses parents, une enquête faite par

le magistrat sur la moralité de l'adrogeant, sur les mobiles qui le poussent à l'adrogation et sur l'avantage qu'y trouvera l'enfant.

L'adrogation prononcée, on veut qu'en aucun cas elle ne cause de préjudice à l'impubère ; s'il est donc émancipé ou exhérédé par l'adrogeant, il aura toujours le droit de réclamer par une action de créance (*condictio ex lege*) la restitution de ses biens personnels, c'est-à-dire ce qui lui appartenait avant l'adrogation ou qu'il a fait ensuite acquérir à l'*adrogator*.

On va plus loin ; l'impubère peut demander, en outre de ses biens personnels, une partie de ceux de l'adrogeant, lorsqu'il est émancipé sans griefs légitimes, ou lorsqu'il est exhérédé même avec justes motifs ; on lui attribue alors en indemnité le quart de la portion qu'il aurait recueillie à titre d'héritier légitime, s'il fût resté *in potestate* et s'il eût succédé à l'*adrogator ;* ce quart ainsi réservé s'appelle *quarte Antonine*, du nom de son organisateur. Établie à l'exemple de la *quarte légitime*, qui est le minimum assuré aux enfants du mariage, la quarte Antonine se calcule comme elle sur les biens laissés par l'adrogeant à sa mort, et n'est pas due de son vivant, d'où résulte que l'adrogé prédécédé n'y aura jamais pu prétendre. Mais à la différence de la quarte légitime, elle n'est pas un vrai droit héréditaire et ne constitue qu'une charge de la succession ; c'est donc par une action de créance qu'elle est poursuivie ; néanmoins cette action tend au quart en nature, et l'adrogé a qualité pour intervenir au partage (f. 17, p. 1, 2, 4, *Dig.* 1-7 ; f. 13, *Dig.* 38-5 ; f. 1, p. 21, *Dig.* 37-6 ; f. 2, p. 1, *Dig.* 10-2).

73. *Précautions prises pour certains tiers.* — Dans l'intérêt de certains tiers furent édictées d'autres dispositions ; elles se résument dans le principe que les biens de l'impubère adrogé, s'il meurt avant sa puberté, doivent retourner aux personnes qui les auraient recueillis en l'absence d'adrogation. Ces personnes seront le plus souvent les parents qui seraient venus *ab intestato ;* quelquefois, si le père a usé de la faculté qu'on lui reconnaît de tester pour l'enfant impubère, ce seront les substitués pupillaires qui seraient venus *à testato*, et les légataires ou fidéi-commissaires. Lors de l'adrogation, ces divers intéressés ne sont pas légalement connus ; aussi, pour atteindre le but, se sert-on d'un expédient ingénieux. Un *servus publicus*, fictivement considéré comme l'esclave commun de tous les citoyens, stipule au nom de ceux de ces maîtres supposés qui pourront, si l'adrogé meurt impubère, justifier qu'en l'absence d'adrogation ils

auraient eu droit à ses biens. L'adrogeant s'oblige avec caution, *cum satisdatione,* à les leur rendre dans le cas où l'adrogé mourrait avant sa puberté. Dès lors naît contre l'adrogeant ou ses héritiers une action personnelle *ex stipulatu*, que l'ayant droit quelconque exercera le cas échéant. Cette action était surnommée *utilis*, c'est-à-dire extensive, pour indiquer qu'elle se donnait en dehors des vrais principes, et jamais qualification ne parut mieux méritée.

Car il n'était pas vrai tout d'abord que le *servus publicus* eût pour maîtres tous les citoyens et pût stipuler pour tels ou tels choisis dans le nombre; il n'appartenait qu'à l'État. Puis sa stipulation devait ici profiter à des personnes qui n'étaient peut-être pas encore conçues au jour du contrat; or, les lois s'accordent avec la raison pour proclamer qu'on ne peut acquérir de droit, même éventuel, avant d'être *in natura rerum*. En outre, le stipulant était d'habitude l'esclave chargé de rédiger, de transcrire et de garder les actes juridiques, *tabularius;* mais Arcadius et Honorius interdirent sévèrement cette fonction aux esclaves; les Institutes nous montrent néanmoins la stipulation toujours confiée au *tabularius;* elle est donc faite sous Justinien par un homme libre, malgré la règle romaine que nul ne stipule pour autrui, s'il n'est en sa puissance. Enfin on en vint même, si les précautions étaient omises, à tenir pour conclue la promesse de l'adrogeant; il va de soi qu'en cette hypothèse son engagement n'était point garanti par un fidéjusseur (f. 18, 19, 22, *Dig* 1-7; f. 40, *Dig*. 28-6; *Inst*., I, *hic*, p. 3).

74. Toutes ces mesures, sans distinction, prises dans l'intérêt des tiers et de l'impubère, s'évanouissent à sa puberté; il tombe et reste dès cette époque sous le droit commun de l'adrogation. Seulement, par application d'un principe qu'on appréciera plus tard, il peut jusqu'à vingt-cinq ans accomplis demander la rescision de tous les actes quelconques qui lui portent préjudice, entre autres de l'adrogation, s'il y a lieu (f. 32, 33, *Dig*. 1-7).

§ III

Effets de l'adoption régulière.

La plupart des effets de l'adoption régulière sont communs à l'adoption proprement dite et à l'adrogation; d'autres sont particuliers à l'adrogation.

75. **Effets communs de l'adoption et de l'adrogation.** — La gra-

vité des conséquences de l'acte accompli se révèle avant tout par un détail extérieur. L'enfant adoptif prend le nom du nouveau père, et son premier nom devient une épithète ; ainsi le fils de Paul-Émile, adopté par Scipion, sera Scipion Émilien ; Octave, adopté par César, sera César Octavien.

Au point de vue juridique, l'adoption régulière établit entre le père et l'enfant adoptif le rapport de la filiation légitime *ex justis nuptiis*. Comme nul ne peut avoir à la fois deux familles, l'enfant adoptif sort de sa famille originaire et perd tous les droits qu'il y avait à raison de l'agnation. En revanche, introduit dans une autre famille, il y tombe sous la puissance du chef, ordinairement en qualité de fils, quelquefois en qualité de petit-fils, arrière-petit-fils, etc. ; dans ces derniers cas, le chef peut lui assigner, parmi ses autres descendants, un père dont le consentement sera d'ailleurs nécessaire, en vertu de la règle déjà connue qu'on n'a pas d'héritiers siens malgré soi. L'enfant adoptif se trouve uni à tous les agnats de son *pater*, même contre leur gré, par le lien de l'agnation, qui emporte *à fortiori* la cognation dans ses résultats civils (f. 7, 23, 26, *Dig*. 1-7).

Comparaison avec le mariage. — Cependant la filiation par adoption n'est pas absolument identique à la filiation *ex justis nuptiis* ; elle en diffère à quelques égards : 1° pendant sa durée, elle ne compte pas au père adoptif pour l'acquisition des divers avantages réunis sous le nom de *jus liberorum*, ni pour le soustraire aux déchéances de l'*orbitas* ou l'appeler aux privilèges de la paternité, sous les lois caducaires ; ce ne sont là que des exemples ; 2° après sa dissolution, elle ne laisse peut-être qu'une seule trace, qui est l'empêchement de mariage en ligne directe. Le nom du père et le droit de cognation, que garde toujours l'enfant *ex justiis nuptiis* même dépouillé de l'agnation, l'enfant adoptif les perd avec elle ; on ne lui demande aucune *reverentia* envers la personne qui n'est plus son père, et qui se trouve désormais dans l'impuissance légale de l'adopter ou de l'adroger une seconde fois (*Inst*. I, t. XXV, pr. f. 51, p. 1, *Dig*. 31 ; f. 37, p. 1, *Dig*. 1-7).

76. **Effets particuliers de l'adrogation.** — Outre les précédentes conséquences, l'adrogation en produit deux spéciales.

Les enfants légitimes déjà nés ou conçus de l'adrogé suivent sa condition et tombent ou naissent sous la puissance de l'adrogeant, qui peut désormais les garder en renvoyant leur père ; c'est ainsi qu'Auguste, avant d'adroger Tibère, attendit qu'il eût adopté Ger-

manicus, pour faire de l'un son fils et de l'autre son petit-fils. Au contraire, les enfants légitimes déjà nés ou conçus de l'adopté ne suivent pas sa condition et restent ou naissent sous la puissance de l'aïeul naturel, qui ne donne que leur père à l'adoptant. Quant aux enfants conçus après l'adrogation, ils appartiennent sans distinction à la nouvelle famille (*Inst.* p. 11, *hîc*).

En second lieu, puisque l'adrogé était *sui juris* auparavant, il pouvait avoir un patrimoine; l'adrogation le rend *alieni juris* et fait acquérir tous ses biens à l'adrogeant. Nous verrons ailleurs les détails civils ou prétoriens de cette transmission. Dans le droit de Justinien, l'adrogé conserve la nue propriété, l'adrogeant ne gagne que l'usufruit; par conséquent, après l'adrogation d'un impubère, les diverses restitutions imposées suivant les cas à l'*adrogator* ne porteront plus que sur la jouissance (*Inst.* III, t. X).

SECTION II

ADOPTION IRRÉGULIÈRE.

L'adoption irrégulière est celle qui ne produit point la puissance paternelle. Apparue sur le tard dans la législation, elle s'applique à deux hypothèses.

77. **Adoption émanée d'une femme.** — Puisque la *patria potestas* est le monopole des hommes, il fut longtemps admis que les femmes ne pouvaient adopter ni adroger. Dioclétien le leur permit en 291 ; cette adoption irrégulière diffère de l'autre :

1° Par les conditions; il faut toujours un rescrit de l'empereur, et la femme doit avoir eu des enfants et les avoir perdus (C. 5, *Cod.* 8-48; *Inst. hîc.*, p. 10);

2° Par les effets; l'adopté ne sort pas de sa famille originaire, y conserve les droits de *suus heres*, et devient seulement héritier *ab intestato* de l'adoptante; lorsqu'elle l'omet sans cause dans son testament, peut-être est-il en droit d'attaquer cet acte (f. 29, p. 3, *Dig.* 5-2).

78. **Adoption émanée d'un non ascendant.** — Justinien ne touche pas aux règles classiques de l'adrogation, du moins en ce qui concerne l'acquisition de la *patria potestas*. Quant à l'adoption proprement dite, il distingue si le rôle d'adoptant est joué par un étranger ou par un ascendant. Au premier cas, elle n'entraîne

plus translation de puissance paternelle ni changement de famille; aussi les interprètes modernes la qualifient-ils alors de *minus plena;* au second cas, elle produit toutes ses anciennes conséquences et reste *plena*. Examinons cette distinction.

En supposant l'adoption faite par un étranger, *extraneus*, l'adopté courait un grand danger avant Justinien. Car il perdait tous droits de succession dans sa famille originaire; ceux qui lui étaient acquis en échange dans sa famille adoptive, il pouvait s'en trouver dépouillé par une émancipation. Il est vrai qu'en cette dernière hypothèse le préteur, respectueux du vœu de la nature, le rappelait à l'hérédité du père primitif; mais encore fallait-il que cette hérédité n'eût pas été déjà ouverte et partagée avant la rupture de l'adoption. Justinien ne voulut point que l'adopté se vît ainsi frustré de toutes ses espérances. Pour empêcher ce résultat inique, l'empereur décide que l'adopté restera désormais sous la puissance et dans la famille originaires, et par conséquent y conservera sa vocation successorale, comme s'il n'y avait pas eu d'adoption. En même temps, il est appelé à la succession *ab intestato* de l'adoptant, et s'il y arrive, ce sera comme *suus heres;* mais il peut en être exclu par une émancipation ou par un testament qui l'exhéréderait ou l'omettrait. Contre un tel testament, il ne semble pas avoir la plainte d'inofficiosité; sa position est donc inférieure sur ce point à celle de l'adopté d'une femme. Peut-être lui est-elle supérieure en ce que l'adoption continuerait ici de transférer à l'adopté le nom de l'adoptant.

79. Si l'on étudie, au contraire, l'adoption faite par un ascendant, le système antérieur à Justinien n'offre pas les mêmes inconvénients, et ce prince n'y change rien. Pour la possibilité d'une telle adoption, il faut avant tout supposer un ascendant non investi de la *patria potestas;* tels sont les ascendants maternels, et parmi les ascendants paternels, l'aïeul qui adopte le petit-fils conçu et né postérieurement à l'émancipation du fils, ou le père émancipé qui adopte son propre fils resté sous la puissance de l'aïeul.

Lorsque l'adoptant est un ascendant paternel, aucun péril ne menace l'adopté. En effet, tant que dure l'adoption, il conserve *jure prætorio* dans sa famille originaire la situation successorale qu'il y avait auparavant. Après la rupture du lien adoptif, il se retrouve investi *jure prætorio* des droits qu'il aurait eus comme descendant à l'hérédité de l'adoptant, en l'absence de toute adoption.

Lorsque l'adoptant est un ascendant maternel, la position de l'adopté n'est pas aussi sûre. En effet, tant que dure l'adoption, il se voit écarté de toute hérédité même prétorienne dans la famille originaire, dont les biens, n'était cette règle, passeraient par son entremise dans la ligne maternelle. Après la rupture du lien adoptif, l'adopté est appelé *jure prætorio* à la succession de son père primitif; mais si nous la supposons déjà ouverte et partagée, il n'aura plus que l'espérance incertaine de succéder à son ascendant maternel en qualité de cognat, c'est-à-dire à défaut de descendants par mâles et d'agnats. Aussi les interprètes expliquent-ils ici la décision de Justinien, confirmatrice de l'ancien droit, par l'affection de l'ascendant maternel, qui ne voudra pas rompre à la légère le lien de l'adoption; cette raison est loin de suffire. On verra d'ailleurs une Novelle, postérieure aux Institutes, mettre sur le même pied tous les descendants par les mâles et par les femmes, en les appelant sans distinction à la succession des ascendants (*Nov.* 118).

CHAPITRE VII

DISSOLUTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

(*Inst.*, I, t. XII.)

La puissance paternelle, dont nous connaissons les trois sources et les principales conséquences, peut disparaître de diverses manières.

§ I

Causes d'extinction.

Les causes d'extinction de la *patria potestas* surviennent de plein droit ou par la volonté du père.

Extinction de plein droit. — La *patria potestas* s'éteint de plein droit à la suite de tout événement qui enlève soit au père, soit à l'enfant, soit à tous les deux, la capacité de l'exercer ou de la subir. Certains de ces événements peuvent se produire sur la tête de l'un ou de l'autre, certains restent propres à l'enfant.

80. *Causes communes au père et à l'enfant.* Les causes d'extinction de plein droit communes au père et à l'enfant sont la mort naturelle, la perte de la liberté, la perte de la cité (*Inst. pr. hic*).

La chute du père ou de l'enfant en esclavage appelle deux ob-

servations. D'abord, s'il est vrai que la *servitus pœnæ* n'existe plus depuis Justinien, on n'en doit pas conclure à la conservation de la puissance paternelle dans la personne du condamné ; car l'empereur n'a voulu empêcher que la dissolution forcée du mariage, qui devient alors *matrimonium injustum*. Ensuite, quand le père ou l'enfant tombe en captivité, la fiction du *postliminium* efface rétroactivement, au retour, l'esclavage et ses conséquences ; si le père captif meurt chez l'ennemi, chaque enfant est considéré comme *sui juris*, non depuis le décès, mais depuis le commencement de la *servitus*, et reste seul propriétaire des acquisitions qu'il a faites à compter de ce moment (f. 12, p. 1 ; f. 18, *Dig*. 49-15).

La perte de la cité détruit aussi la *patria potestas*, que cette perte provienne d'une condamnation, comme l'interdiction de l'eau et du feu et la déportation, ou de toute autre cause non pénale, comme l'émigration dans les colonies latines, au temps de leur existence (*Inst.* p. 1, *hic* ; *Gaïus*, I, 131).

L'empereur a le pouvoir de rétablir la *patria potestas* anéantie par une condamnation ; il n'a qu'à la comprendre dans la grâce qu'il lui appartient d'accorder plus ou moins efficace au condamné ; tel est le cas de la *restitutio per omnia* (*Inst.*, p. 1, *hic ; Paul*, IV, t. VIII, p. 24).

81. *Causes spéciales à l'enfant.* D'autres causes d'extinction ne se produisent que sur la tête de l'enfant. Dans le droit classique, ce sont pour la fille la *conventio in manum* dont il sera parlé bientôt, et la dignité de vestale : pour le fils, la charge de *Flamen Dialis* ou Flamine de Jupiter. Dans le droit de Justinien, ce sont les fonctions de patrice et toutes celles qui affranchissaient de la curie, notamment le consulat et l'épiscopat (*Gaïus*, I, 130-136 ; *Inst.*, p. 4, *hic ;* C. 5, *Cod.* 12-3 ; *Nov.* 81).

Extinction volontaire. — Le père peut lui-même abdiquer sa *patria potestas ;* en principe, nul n'est admis à l'y contraindre ; s'il lui plaît de s'y décider, sa volonté seule ne suffit pas et doit s'accompagner de formes empruntées par la jurisprudence à la loi des Douze Tables.

82. Le premier procédé que peut employer le père est la dation de son enfant en adoption, au profit d'un citoyen quelconque jusqu'à Justinien, et d'un ascendant depuis cet empereur.

Émancipation. Le second procédé est l'émancipation, qu'il faut examiner à trois époques : 1° L'émancipation classique se rapproche

beaucoup de l'adoption, car elle appartient à la juridiction gracieuse, ne comporte ni condition ni terme, et nécessite la présence de l'enfant; elle se fonde aussi sur la règle des Douze Tables, que de trois mancipations pour le fils, d'une seule mancipation pour la fille et les petits-enfants, résulte l'extinction de la puissance paternelle. La *patria potestas*, ainsi détruite, est remplacée par le *mancipium* en faveur de la personne qui a joué le rôle d'acquéreur dans la vente imaginaire. Ici deux voies se présentent: ou bien cet acquéreur s'est préalablement engagé, au moyen d'un contrat appelé *fiducia*, à libérer l'enfant de son *mancipium* par une manumission qui le rend *sui juris*, et qui laisse au *manumissor* les droits de tutelle et de succession; ou bien cet acquéreur a promis par la *fiducia* de remanciper l'enfant au père, qui fera lui-même l'affranchissement et se réservera comme patron le *jus tutelæ et successionis*. 2° L'empereur Anastase, en 503, comble une lacune du système précédent; l'émancipation de l'absent peut avoir lieu par rescrit impérial, inséré *apud acta judicis*, du consentement de l'enfant; c'est l'émancipation anastasienne. 3° Enfin la simplification s'achève sous Justinien; l'émancipation résulte désormais d'une simple déclaration devant le magistrat, et l'on y sous-entend toujours le contrat de fiducie, qui procure au père les droits de tutelle et de succession (*Inst.*, p. 6, *hic*).

Deux remarques compléteront cette théorie. Si le père ne peut être contraint à l'émancipation en règle générale, on la lui imposera néanmoins dans certains cas, notamment au profit de l'enfant qu'il maltraite ou de la fille qu'il prostitue. En outre l'émancipation d'un enfant, comme l'affranchissement d'un esclave, est révocable pour ingratitude (*Fragm. Vat.* 248; C. I, *Cod.* 8-50), *Inst.*, p. 10 *hic*).

§ II

Effets de l'extinction.

83. Le résultat commun et fondamental de tous les événements qu'on vient de parcourir, c'est de dissoudre la puissance paternelle, et par suite tous les droits du père sur la personne et les biens de l'enfant. Mais là se posent deux questions:

1° L'enfant reste-t-il dans les liens de l'agnation? La réponse doit varier. L'agnation est conservée à l'enfant, lorsque la dissolution de la *patria potestas* provient, soit de son élévation à cer-

taines dignités, soit de la mort, de la perte de la liberté ou de la perte du droit de cité subie par le père. L'agnation disparaît, lorsque la puissance paternelle est détruite par la perte de la liberté ou de la cité pour l'enfant, la *conventio in manum* pour la fille, l'adoption et l'émancipation ; on dit alors que l'enfant éprouve une *capitis diminutio*. La perte de la cité et de la liberté lui enlève même la cognation.

2° L'enfant acquiert-il la libre disposition de sa personne et de ses biens? La réponse change encore avec les hypothèses. De sa personne, l'enfant reste *alieni juris*, quand une nouvelle puissance remplace l'ancienne : tel est le résultat de sa chute en esclavage, de son adoption, et même de la disparition de l'aïeul pour les petits-enfants, lorsqu'elle les laisse retomber sous le joug du père demeuré dans la famille ; en tout autre cas, l'enfant devient *sui juris*. Pour ses biens, l'enfant *sui juris* en est propriétaire, si ce n'est qu'après l'émancipation le père retient, jusqu'à Justinien, le tiers en nue propriété, et depuis ce prince la moitié en usufruit ; l'enfant acquiert même, sur le fondement d'une donation tacite, la propriété du pécule à lui confié par son père, lorsque celui-ci ne l'en prive pas en l'émancipant (*Inst. pr. hic*, II, t. IX, p. 2 ; — *Vat. Fragm.* 260).

CHAPITRE VIII

MANUS ET *MANCIPIUM*.

(*Gaius*, I, 108-123.)

La *dominica potestas* et la *patria potestas* sont les deux principales des puissances qui mettent une personne *in alieno jure ;* les Institutes de Justinien n'en signalent pas d'autres. Mais le droit ancien ou classique avait de plus le *mancipium* et la *manus*, puissances accessoires, organisées par analogie des précédentes ; il est nécessaire d'en indiquer les plus intéressants caractères.

84. **Mancipium.** — Le *mancipium* offre un grand air de parenté avec la *dominica potestas*, seulement il appartient au *jus civile*. C'est l'état d'une personne qui, tout en étant libre de droit, est de fait assimilée pour un certain temps à un esclave.

De sa constitution. Le *mancipium* ne s'établit que sur l'enfant de

l'un ou de l'autre sexe *in patria potestate* et sur la femme *in manu ;* Il résulte de la mancipation que peut faire d'eux le chef de famille.

De ses effets. Le *mancipium* est parfois sérieux, lorsqu'un père mancipe ses enfants pour en tirer profit, ou pour se dérober à la réparation du dommage qu'ils ont causé. D'autres fois il n'est que fictif et sert de transition pour libérer, soit une femme de la *manus*, soit un enfant de la *patria potestas* en vue de l'adoption ou de l'émancipation. Anciennement la ressemblance entre la *servitus* et le *mancipium* était à peu près complète; même au temps classique, on dit que l'individu *in mancipio* est *loco servi*. En effet le mancipé, comme l'esclave, perd sa capacité civile au profit de son maître, qui lui succède à titre universel et s'enrichira désormais de ses acquisitions et de son travail; il est sans doute dépouillé de l'exercice des droits politiques; enfin le *mancipium* se transmet régulièrement à d'autres acquéreurs par mancipation ou par hérédité. Mais à la différence de l'esclave, le mancipé n'est atteint que dans son agnation; car il reste ingénu et redeviendra citoyen au jour de l'affranchissement; son mariage ne se dissout point; il n'est pas un objet de propriété véritable, et les créanciers de son acquéreur ne pourraient le comprendre dans une expropriation ou *venditio bonorum;* son maître doit même le traiter avec égards, sous peine d'une action d'injures (*Gaïus*, I, 117, 118, 138, 162).

85. *De sa dissolution.* Cette divergence entre la *servitus* et le *mancipium* s'élargit encore, au point de vue de leur dissolution. Le *mancipium* finit bien, comme la *servitus,* par une manumission soumise aux formes ordinaires, *vindicta*, *censu*, *testamento ;* mais deux règles sont spéciales au mancipé. D'abord les restrictions à l'affranchissement des esclaves, telles que les dispositions de la loi Furia Caninia ou de la loi Ælia Sentia, disparaissent en sa faveur; car elles n'ont plus ici leurs raisons d'être. Ensuite il peut exiger son affranchissement *censu*, c'est-à-dire requérir son inscription sur le cens, hormis en deux cas : 1° quand l'acquéreur a promis de le remanciper au père, dont on respecte alors le droit; 2° quand la mancipation est la conséquence d'un délit; le mancipé doit alors réparer le préjudice par son travail ou ses autres acquisitions, avant de requérir sa libération (*Gaïus*, I, 138, 139, 140).

La manumission produisait un rapport de patronat; mais il ne semble pas s'y rattacher un droit à des stipulations d'*operæ*, même quand l'émancipateur est le père; et pour le *jus successionis*,

on verra le préteur préférer bien des parents à l'émancipateur étranger (*Gaïus*, I, 166; — f. 4, *Dig*. 37-12; *Inst.*, III, t. IX, p. 5).

86. **Manus.** — La *manus* est fort voisine de la *patria potestas;* elle appartient comme elle au *jus civile*, mais ne porte que sur les femmes, et ne résulte jamais du seul fait de la naissance. Cette théorie demeure tout à fait indépendante de la théorie du mariage, puisqu'il peut y avoir *nuptiæ* sans *manus* et *manus* sans *nuptiæ*.

Formation. Pour la formation de cette puissance, il faut d'abord poser en règle que la femme n'y tombe pas sans le *jussus* de son père, si elle est *alieni juris*, et sans l'*auctoritas* de son tuteur, si elle est *sui juris*. On distingue trois modes de constitution de la *manus*, tous accessibles au mari, le dernier seul accessible à un tiers : 1° *Confarreatio :* c'était une cérémonie religieuse, peut-être réservée aux patriciens, ou du moins conservée plus longtemps dans leur caste. Les enfants issus d'époux *confarreati* avaient seuls l'aptitude aux fonctions sacerdotales de *flamines majores* et de *rex sacrorum*. Cette conséquence extrajuridique finit par être l'unique effet de la *confarreatio*, qui ne constituait plus à l'époque classique une véritable façon d'acquérir la *manus*. 2° *Usus :* c'était l'usucapion appliquée à la personne de la femme. Comme le mari eût obtenu la propriété d'un meuble par une possession annale, de même il obtenait la *manus* par une année de cohabitation continue, *velut annuâ possessione usucapiebatur;* la femme prévenait ce résultat en découchant trois nuits de suite, *trinoctio*, ce qui amenait l'interruption de l'usucapion, *usurpatio*. Il résulte bien de ces règles bizarres que la *manus* ne fut jamais une conséquence immédiate et nécessaire du mariage. 3° *Coemptio :* c'était la mancipation de la femme, faite par son père lorsqu'elle était *alieni juris*, faite par elle-même avec l'assistance de son tuteur lorsqu'elle était *sui juris;* en ce dernier cas, elle jouait le double rôle de venderesse et d'objet de la vente (*Gaïus*, I, 136; 111, 119, 123).

87. *Effets*. Considérée dans ses effets, la *manus* peut être réelle et matrimoniale, *matrimonii causa*, ou fictive et nominale, *fiduciæ causa*.

La *manus matrimonii causa* s'établissait par l'un ou par l'autre des modes précités, et seulement au profit du mari, comme l'indique son nom. Elle remplaçait la puissance paternelle ou la tutelle, et faisait de la femme, en droit, la fille du mari, *loco filiæ*. Les rapports et devoirs personnels des deux conjoints n'en étaient

guère modifiés; le mari se trouvait néanmoins investi d'une sorte de juridiction criminelle sur la femme, et pouvait aussi la manciper à un tiers. Mais la *manus* avait d'immenses effets dans la sphère civile de la famille. Car tous les biens présents et futurs de la femme entraient dans le patrimoine du mari; devenue l'agnate et prise dans tous les liens d'agnation de son époux, elle était juridiquement la petite-fille de son beau-père et la sœur de ses enfants. Elle gagnait à ces changements la qualité de *sua heres* du mari; entre elle ét ses enfants, ou ses autres agnats, s'établissaient des droits de succession inconnus en dehors de la *manus*. Rendue enfin *sui juris* par le veuvage, elle tombait sous la tutelle de son plus proche agnat, qui était son fils peut être.

La *manus fiduciæ causa* ne s'établissait que par la *coemptio;* on n'avait pas besoin d'être le mari pour l'obtenir. Elle n'offrait rien que de provisoire ou de passager; la femme la recherchait, non comme but, mais comme moyen. L'acquéreur de cette *manus*, époux ou tiers, s'engageait à remanciper immédiatement la femme à une personne qui devait l'affranchir *vindicta*, en vertu d'un contrat de fiducie; de là le nom de *coemptio fiduciæ causa*. On ne connaît que trois cas d'application de ce curieux procédé, l'un signalé par Cicéron, les deux autres par Gaïus; ils répondent à des intérêts trop minimes ou trop obscurs pour arrêter l'attention (Cicéron, *pro Murœna*, 12; *Gaïus*, I, 113-115).

88. *Extinction*. La *manus*, par analogie de la *patria potestas*, avait deux causes d'extinction : 1° la mort naturelle ou civile de l'une ou de l'autre des deux personnes qu'elle supposait; 2° l'émancipation; mais à la différence de l'enfant de famille, la femme pouvait exiger la dissolution de la puissance, soit en vertu du contrat de fiducie, soit en exerçant son droit au divorce. Le divorce, sans éteindre directement la *manus*, mettait le mari dans l'obligation d'y renoncer; il l'abdiquait, dans le cas d'*usus* ou *de coemptio*, par une mancipation suivie d'un affranchissement, et dans le cas de *confarreatio*, par une cérémonie contraire qui s'appelait *diffarreatio* (*Gaïus*, I, 137).

La *manus* devait tomber en désuétude; nous verrons, en effet, disparaître successivement les divers besoins qu'elle aidait à satisfaire. Aussi tout vestige en est-il effacé bien avant le règne de Justinien, qui n'a pas même inscrit dans ses Institutes le nom de cette institution surannée.

CHAPITRE IX

DE LA TUTELLE ET DE LA CURATELLE EN GÉNÉRAL.

89. Après l'examen des personnes *alieni juris*, c'est-à-dire soumises à l'une ou l'autre des quatre puissances, vient dans les Institutes l'étude, non pas d'une nouvelle division, comme le dit à tort Justinien, mais d'une subdivision des personnes *sui juris*. Car elles se partagent en trois classes, *quædam vel in tutela sunt, vel in curatione, quædam neutro jure tenentur*. Quant aux personnes *sui juris* qui ne sont ni en tutelle ni en curatelle, elles relèvent du droit commun. C'est donc aux personnes *sui juris in tutela vel in curatione* que vont s'attacher nos explications (*Inst.*, I, t. XIII, pr.).

La tutelle et la curatelle sont étroitement liées l'une à l'autre; elles rentrent dans le *jus civile* et font partie du *status familiæ;* en d'autres termes, elles ont éminemment le caractère d'un rapport de famille. Envisagées de haut, elles constituent des moyens de direction ou des mesures de surveillance à l'égard d'individus maîtres de leur droit, mais incapables, c'est-à-dire empêchés par l'âge, le sexe, ou d'autres causes, de les exercer convenablement. Leurs analogies réciproques frappent les yeux. En effet, ni la tutelle ni la curatelle ne sont jamais des puissances, au sens technique du mot; de là cette conséquence, qu'elles ne portent que sur des personnes *sui juris*, et peuvent appartenir à des personnes *alieni juris*. De plus, remarque étrange à première vue, mais facilement explicable pour qui pénètre l'esprit originaire du droit de famille, la tutelle et la curatelle romaines furent d'abord organisées dans l'intérêt du tuteur ou curateur lui-même, plutôt qu'en faveur de l'incapable. Progressivement et dans le cours des siècles, cette vieille conception fit place à l'idée d'une charge publique ; on avait aperçu l'indissoluble union du bien général et du bien des particuliers.

Mais à côté de ces ressemblances, la tutelle et la curatelle montrent une différence grave. C'est que la tutelle suppose une incapacité naturelle et générale, une personnalité imparfaite par le sexe ou par l'âge; la curatelle, au contraire, ne suppose qu'une incapacité accidentelle ou spéciale à certains actes, une personnalité

capable en principe et seulement impuissante sur des points déterminés. On exprime cette vérité par l'adage *tutor personæ, curator rei datur*, et l'influence en est décisive sur la mission pratique du tuteur ou du curateur.

90. Les Institutes fournissent une définition célèbre de la tutelle : *Tutela est vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum qui propter ætatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa* (*Inst.*, I, t. XIII, p. 1).

Les mots *vis ac potestas* ne font pas allusion à deux pouvoirs distincts, à deux fonctions du tuteur ; il n'y faut voir qu'un pléonasme, une redondance qui se retrouve ailleurs dans les Institutes (IV, t. XV, p. 3).

En plaçant la tutelle *in capite libero*, Justinien parle-t-il du tuteur ou du pupille ? La question paraît oiseuse au point de vue juridique ; car il est certain que le tuteur doit être libre et citoyen, et que le pupille doit être *sui juris;* or, l'une ou l'autre de ces incontestables vérités ressort de l'une ou de l'autre explication.

Quant à la raison d'être de la tutelle, si notre texte ne la trouve que dans l'âge, c'est qu'au temps de Justinien la *tutela propter sexum* avait disparu ; mais la jurisprudence classique y soumettait l'impubère jusqu'à sa puberté, la femme *sui juris* jusqu'à sa mort ou sa chute *in potestatem vel in manum*.

En disant enfin que la tutelle est *jure civili data ac permissa*, Justinien n'entend pas contester la convenance naturelle de cette institution, du moins à l'égard de l'impubère. Elle est seulement de droit civil par opposition au droit prétorien, puisqu'elle a sa source dans les lois, les sénatus-consultes et la coutume ; elle est aussi de droit civil par opposition au droit des gens, puisqu'elle exige la qualité de citoyen tout à la fois dans le tuteur qui l'exerce et dans l'incapable qui la subit.

91. Cette définition de la tutelle, si ce n'est en quelques points qui se révèleront d'eux-mêmes, n'a rien d'inapplicable à la curatelle ; dans la théorie et la pratique romaines, tuteurs et curateurs sont frères, *in paucissimis distant curatores à tutoribus* (f. 13, pr., *Dig*. 27-1).

CHAPITRE X

TUTELLE DES IMPUBÈRES.

(*Inst.*, I., t. XIII à XXII.)

La délation de la tutelle, la mission qu'elle donne, la manière dont elle prend fin, voilà trois grandes questions à résoudre.

PREMIÈRE SECTION

DÉSIGNATION DU TUTEUR (*Inst.*, t. XIII à XX.)

Le choix du tuteur peut émaner d'un testateur, de la loi ou du magistrat; on distingue donc, en suivant une classification qui, sans être la seule, semble prépondérante, trois espèces de tutelle, *testamentaire*, *légitime*, *Atilienne;* les deux premières sont les plus anciennes. En principe, elles se défèrent dans l'ordre où je les ai citées; mais on verra que cette règle n'est point absolue (*Gaïus*, I, 188).

§ I

Tutelle testamentaire.

La tutelle testamentaire peut être qualifiée de parfaite ou d'imparfaite, selon qu'elle se passe ou qu'elle a besoin d'une intervention de l'autorité publique.

Tutelle testamentaire parfaite. — L'idée mère, d'où sortiront toutes les conséquences de détail, c'est que cette tutelle est un acte de puissance paternelle dans le fond, et dans la forme un acte testamentaire.

92. 1° *C'est un acte de puissance paternelle dans le fond.* Qui peut donc nommer un tuteur par testament? Seul est investi de ce droit le père de famille; en sont exclus les femmes, l'homme sans enfants, et celui qui n'aurait que des enfants par les filles ou du concubinat.

A qui le père de famille peut-il donner un tel tuteur? A ceux-là seulement qui ont droit de lui succéder *ab intestato* en qualité d'héritiers siens, c'est-à-dire aux enfants ou descendants, de son

sang ou adoptifs, que son décès rend *sui juris*, ou rendrait tels s'ils étaient déjà nés au lieu de n'être que conçus. Lorsque le testateur en laisse plusieurs dans ces conditions, il a pu nommer à tous les mêmes tuteurs, ou leur attribuer des tuteurs distincts, ou bien en nommer aux uns et point aux autres ; sa volonté s'interprète d'après les circonstances ou d'après ses expressions. Enfin le tuteur est valablement donné par le père à ceux mêmes de ses enfants qu'il exhérède ; il faut en conclure que son droit de nomination sur le tuteur ne dérive pas de son droit de disposition sur ses biens (*Inst.*, I, t. XIII, p. 3-4 ; t. XIV, p. 5 ; f. 4, *Dig.* 26-2).

93. 2° *C'est un acte testamentaire dans la forme.* Le choix du père ne peut donc porter que sur un tuteur qui ait avec lui la *factio testamenti*, c'est-à-dire la capacité d'être institué héritier dans son testament ; toute autre désignation serait nulle. On verra plus tard quelles personnes jouissent ou non de la *testamenti factio.* Notons seulement qu'en vertu de cette règle, les Latins juniens et certains êtres purement juridiques seraient aptes à la tutelle testamentaire, et qu'on les en a néanmoins écartés. Quant aux fous, interdits, mineurs de vingt-cinq ans, captifs, ils sont régulièrement nommés, sauf à n'entrer en fonctions qu'après la cessation de l'obstacle ; telle est du moins la pure doctrine romaine.

Par application du principe, la tutelle est accessible au fils de famille ; elle l'est même à l'esclave, pourvu qu'il devienne libre et citoyen ; de là naît une distinction. Le père de famille qui donne la tutelle à son esclave, *servus proprius*, doit lui laisser expressément la liberté dans le droit classique ; sous Justinien, l'intention d'affranchir résulte, en général, de la nomination à la tutelle ; mais le moindre doute sur ce point essentiel entraînerait la nullité, notamment si l'esclave était appelé à la tutelle par un maître qui le croyait libre, ou sous la condition *quum liber erit.* Au contraire, cette même condition doit être formellement exprimée, lorsqu'on veut choisir pour tuteur un *servus alienus ;* autrement la désignation serait annulée par Justinien, plus sévère que les jurisconsultes, dont l'indulgence voyait dans ce cas un fidéicommis de liberté (*Inst.*, I, t. XIV, p. 1-2 ; f. 10, p. 4, *Dig.* 26-2 ; C. 10, C. 7-4).

94. La *datio tutoris*, partie intégrante du testament, ou depuis Auguste d'un codicile confirmé par testament, subit le principe que toutes les dispositions testamentaires sont liées au sort de l'institution d'héritier. Dès lors elle tombe, si le testament est frappé

d'une des causes d'inefficacité qui le rendent *injustum*, *ruptum*, *irritum*, *destitutum*, *inofficiosum*, d'après les règles qu'il faudra développer ailleurs.

Du reste, quoique confondue dans l'ensemble du testament, la nomination du tuteur a des formes spéciales; elle doit se faire : 1° pour l'ensemble de la tutelle, non pour certains actes seulement, *personæ, non causæ vel rei datur ;* 2° sans laisser de doute sur l'individualité du tuteur, *nominatim ;* 3° dans la forme impérative du legs *per vindicationem* (*Inst.*, I, t. XIV, p, 4; *Ulpien*, XI, 14 ; *Gaïus*, I, 149).

La *datio tutoris* est, en effet, comparable à un legs. Elle s'en rapproche par ce caractère, qu'elle supporte toute condition ou terme suspensif ou résolutoire, contrairement aux deux autres espèces de tutelle, qui sont de leur nature pures et simples. Elle s'en éloigne par ce fait que le legs est un retranchement de l'hérédité, *delibatio hereditatis ;* aussi l'héritier institué ne peut-il être légataire, tandis qu'il peut être tuteur testamentaire, et la *datio tutoris,* à la différence du legs, a toujours précédé valablement l'institution d'héritier dans le texte du testament (*Inst.*, II, t. XX, p. 34).

95. **Tutelle testamentaire imparfaite.** — La nomination de tuteur, faite en dehors de ces règles, était nulle à l'origine. On en vint pourtant à comprendre que la garantie du choix était plutôt dans l'affection de son auteur que dans la puissance paternelle et dans la forme de l'acte. De là trois hypothèses de tutelle testamentaire, plus ou moins imparfaite.

1° Le magistrat confirme sans enquête le tuteur irrégulièrement nommé par le père légitime; la nomination émanée du père naturel est confirmée sans enquête ou sur enquête, selon qu'il a laissé quelque chose ou n'a rien laissé à l'enfant (f. 1, p. 2; f. 7, f. 8, *Dig.*, 26-3).

2° Le choix de la mère n'est confirmé qu'en supposant l'enfant institué par elle, et toujours sur enquête (f. 4, *Dig.* 26-2).

3° Le choix de l'étranger n'est confirmé que sur enquête, et vraisemblablement pour les seuls biens laissés par le testateur au pupille (f. 4, *Dig.* 26-3).

§ II

Tutelle légitime.

96. Il y a tutelle légitime lorsqu'à défaut d'une disposition testa-

mentaire sur ce point, la loi désigne elle-même le tuteur d'un impubère. Plus spécialement, *per eminentiam*, est légitime la tutelle qui dérive des Douze Tables, *propalàm* comme celle des agnats, ou *per consequentiam* comme celle des patrons (*Ulpien*, XI, 3).

Le principe fondamental de la tutelle légitime, c'est qu'elle présuppose la vocation du tuteur à la succession légitime du pupille ; en d'autres termes, elle se défère ordinairement aux héritiers présomptifs de l'impubère. Ce principe est juste, puisqu'il impose la charge à qui peut avoir le bénéfice, *ubi successionis est emolumentum, ibi et tutelæ onus esse debet;* de plus, il est habile, puisque l'intérêt commun du pupille et du tuteur fait espérer une bonne gestion (*Inst.*, I, t. XVII, pr.).

On distingue trois variétés de tutelle légitime.

97. **Tutelle légitime des agnats.** — *L'impubère qui a besoin d'un tuteur peut être un ingénu sorti de puissance paternelle sans émancipation.* Dans ce cas il a conservé ses agnats, et la tutelle leur est déférée, d'après la proximité du degré. Elle appartient donc au plus proche, et s'il y en a plusieurs de même rang, ils la recueillent tous ensemble (*Inst.*, I, t. XVI, p. 7).

La tutelle une fois ouverte en faveur d'un degré d'agnation, comment s'en opère la dévolution aux degrés subséquents? Le nœud de la réponse est toujours dans la vocation héréditaire; par exemple, si l'agnat déjà tuteur tombe en captivité, fait agréer une excuse, ou se voit destitué, il reste l'héritier présomptif du pupille; la tutelle ne sera donc pas dévolue aux agnats ultérieurs. Mais s'il meurt ou perd l'agnation par *capitis diminutio*, la tutelle passe avec l'espoir de la succession à ceux qui le suivent (f. 1, p. 2; f. 3, p. 8; f. 3, p. 9, *Dig*. 26-4).

Cependant on voit cesser quelquefois la corrélation entre la charge de la tutelle et le droit à l'hérédité; ainsi quand une femme se trouve au plus proche degré d'agnation, elle est héritière présomptive; mais son sexe l'écarte de la tutelle, qui n'appartient alors qu'aux agnats mâles du même rang ou postérieurs. Dans le droit de Justinien, il faut sans doute en dire autant du mineur de vingt-cinq ans (f. 1, p. 1, *Dig*. 26-4 ; *Inst.*, I, t. XXV, p. 13).

A défaut d'agnats, on peut admettre que la loi des Douze Tables déférait la tutelle aux *gentiles*, dont il sera traité sur la matière des successions légitimes. En effet, ils avaient la vocation hérédi-

taire, et pouvaient sans contredit exercer la curatelle des fous (*Gaïus*, III, 17; tab. V).

98. Postérieurement aux Institutes, Justinien établit un nouveau système successoral, fondé sur la parenté naturelle et plus conforme à nos idées modernes; il remplace la succession des agnats par la succession des cognats, et conséquemment la tutelle des agnats par la tutelle des cognats. C'est encore l'héritier présomptif de l'impubère qui devient son tuteur; cependant, pour l'hypothèse où l'impubère a son père, sa mère, et des frères ou sœurs germains ou descendants d'eux au premier degré, tous conjointement appelés à sa succession légitime, des auteurs enseignent, non sans quelque vraisemblance, que la tutelle appartient par préférence au père, et subsidiairement à la mère. Cette doctrine ne s'impose pas; mais il est au moins certain que Justinien a levé l'interdiction d'exercer la tutelle pour la mère et l'aïeule, qui ont la faculté de l'accepter, en s'engageant notamment à ne pas se remarier (*Nov.* 118, c. 5).

99. **Tutelle légitime du patron ou de ses enfants.** — *L'impubère qui a besoin d'un tuteur peut être un affranchi.* Il n'a ni père ni d'autre famille civile que celle dont il sera le fondateur et le chef; on ne conçoit donc à son égard ni la tutelle testamentaire, ni la tutelle des agnats. Par qui la remplace-t-on?

Déditices et Latins juniens. Les textes sont muets sur l'affranchi déditice; mais les principes ne permettent point de lui appliquer une véritable tutelle, puisqu'il n'a pas le droit de cité; peut-être le magistrat est-il appelé à régler en fait sa situation; il est d'ailleurs malaisé de comprendre qu'un esclave impubère ait pu subir une flétrissure pénale qui le condamne à rester déditice après sa mise en liberté. Au sujet du Latin junien, faisons une distinction: doit-il sa *latinitas* à l'affranchissement émané du maître bonitaire? la tutelle est le lot du maître quiritaire ou de ses descendants, quoique non appelés à recueillir les biens de l'affranchi. La *latinitas* vient-elle de toute autre cause? la tutelle appartient, soit au *manumissor*, soit à ses héritiers, descendants ou autres. On sait, en effet, que les biens du Latin junien ne forment pas une vraie succession, mais retournent comme pécule au patrimoine du patron, en quelques mains qu'il soit; on peut dire ici *ubi peculium, ibi onus* (*Gaïus*, I, 167).

Affranchis citoyens. Pour les affranchis citoyens, dont la classe est seule connue au temps de Justinien comme au temps des Douze Ta-

bles, on applique par analogie la grande règle, posée pour les agnats, de la corrélation entre la tutelle et la vocation héréditaire. La tutelle légitime est donc attribuée, soit au patron lui-même après un affranchissement entre-vifs, soit à ses descendants après un affranchissement testamentaire. S'il y a plusieurs copatrons ou plusieurs enfants d'un patron, la tutelle leur est commune; mais la mort ou l'incapacité d'un d'entre eux ne fait pas monter ses descendants à sa place, parce qu'ils n'acquièrent encore aucun droit sur la succession de l'affranchi. Le patron, en excluant ses enfants de sa propre succession, ne leur enlève ni l'hérédité ni partant la tutelle de l'affranchi (*Gaïus*, III, 58) (f. 3, p. 5, 7, 8, *Dig*. 26-4).

Par exception la patronne ne devient pas la tutrice de son affranchi, bien qu'elle ait le droit de lui succéder (*Inst.*, I, t. XVII).

100. **Tutelle après émancipation.** — *L'impubère qui a besoin d'un tuteur peut enfin être un ingénu sorti de puissance paternelle par émancipation.*

A l'époque classique, la conséquence des formes de l'émancipation était bizarre et fâcheuse. Car l'émancipé tombait sous la tutelle de l'acquéreur du *mancipium* devenu son patron par la manumission, à moins que le père n'eût exigé sa remancipation pour l'affranchir lui-même et se réserver les droits de patronat. Après le *manumissor*, la tutelle passait à ses enfants. Ces divers tuteurs étaient appelés fiduciaires, à raison de la *fiducia de emancipando* ou *de remancipando* qui intervenait dans la cérémonie de l'émancipation; seul le père avait reçu *honoris causâ* le titre de tuteur légitime (*Gaïus*, I, 172).

Dans la législation de Justinien, l'émancipation est plus simple, et la tutelle appartient d'abord au père émancipateur, ensuite à ses enfants. Seulement l'empereur a conservé la différence des noms; l'ascendant est tuteur légitime; les descendants ne sont que tuteurs fiduciaires, inférieurs sur ce point aux fils du patron, qui recueilleraient sa tutelle légitime. La raison de cette dissemblance, c'est que les fils du patron ont droit comme leur père à la succession de l'affranchi, tandis que les descendants de l'émancipateur sont devenus *jure civili*, par l'émancipation, étrangers à la famille et à la succession de l'émancipé (*Inst.*, I, t. XVIII, XIX).

§ III

Tutelle déférée par le magistrat.

La tutelle déférée par le magistrat est aujourd'hui qualifiée le plus souvent de tutelle dative. Mais cette dénomination avait d'habitude un autre sens pour les Romains ; le *tutor dativus* était chez eux le tuteur testamentaire, et le tuteur que nous rencontrons maintenant s'appelait *Atilianus* à Rome, *Juliotitianus* en province (*Gaius*, I, 154 ; *Ulpien*, XI, 14).

101. **Cas d'application.** — Il semble, au premier abord, que la tutelle déférée par le magistrat doive supposer le défaut absolu de tuteur testamentaire ou légitime, soit qu'il n'y en ait jamais eu, soit qu'il n'y en ait plus. C'est là, sans doute, l'application la plus fréquente de cette tutelle, et peut-être la seule qu'aient formellement prévue les lois. Mais il faut considérer que la tutelle légitime, attribuée sans nul examen de l'aptitude individuelle du tuteur, n'a pas toujours inspiré ni mérité grande confiance. Les Douze Tables elles-mêmes lui préféraient la tutelle testamentaire, et la jurisprudence en vint à l'enfermer dans un cercle de plus en plus étroit. De là deux règles : 1° s'il n'y a pas de tuteur testamentaire, et qu'on n'en puisse espérer aucun, la tutelle légitime primera la tutelle Atilienne ; c'est ce qui arrive quand le père de famille n'a pas testé, ou qu'il n'a pas nommé de tuteur dans son testament, ou que le tuteur a perdu la tutelle avant la puberté du pupille, pour cause de mort, d'incapacité, d'échéance d'une modalité résolutoire, etc. 2° Quand il n'y a pas actuellement de tuteur testamentaire, mais qu'on peut en espérer un, la tutelle légitime est écartée et remplacée par la tutelle Atilienne ; c'est ce qui arrive quand la tutelle testamentaire dépend d'une modalité suspensive encore inaccomplie, ou que le tuteur est fou, captif, et, depuis Justinien, mineur de vingt-cinq ans. Le Sénat alla même jusqu'à sacrifier la tutelle légitime à la tutelle déférée par le magistrat, dans le cas d'excuse définitive et de destitution du tuteur testamentaire (*Gaius*, I, 182) (*Just.*, I, t XX, p. 1-2).

Les amis et parents de l'impubère eurent de bonne heure le droit d'appeler l'attention des magistrats sur le besoin qu'il pouvait avoir d'un tuteur. On en fit plus tard un devoir pour la mère de l'enfant, pour les affranchis de son père, et finalement pour toute

personne appelée à sa succession, sous peine d'exclusion de cette hérédité (f. 2, *Dig*. 26-6; C. 10, *Cod*. 6-58).

102. **Compétence.** — La faculté de nommer un tuteur ne rentre ni dans la *jurisdictio* ni dans l'*imperium*, et n'appartient qu'aux magistrats qui l'ont formellement reçue d'un texte législatif.

Sous la République, cette tutelle fut organisée pour la première fois, à Rome, par une très-ancienne loi Atilia; elle confiait la désignation du tuteur à la majorité des tribuns réunis sous la présidence du préteur urbain; on en place la date entre l'année 337, qui vit la création du *prætor urbanus*, et l'an 557, qui présente, au dire de Tite-Live, un exemple d'une tutelle ainsi déférée. Il devint plus tard nécessaire d'organiser cette même tutelle dans les provinces; ce fut l'œuvre d'une loi Julia Titia, rendue probablement en l'année 723, sous le consulat d'Octave, et qui attribua la nomination aux présidents ou gouverneurs (Tite-Live, XXXIX; 9; *Inst.*, I, t. XX, pr.).

Les empereurs modifièrent ce système. A Rome, la *datio tutoris* fut transférée par Claude aux consuls, et par Marc Aurèle à un préteur spécial qu'il institua sous le nom de *prætor tutelaris;* mais, depuis une époque assez indécise, et qui pourrait bien remonter jusqu'à Auguste, le premier des magistrats de la capitale, le préfet de la ville, assisté de dix sénateurs et du *prætor tutelaris*, intervenait exceptionnellement et choisissait le tuteur pour certains impubères de haute classe, les enfants des *illustres* et des *clarissimi*. Dans les provinces, l'attribution de la loi Julia Titia ne fut pas enlevée aux présidents. Seulement, dans ces ressorts désormais immenses, leur compétence ne pouvait plus rester exclusive. Aussi, dès le troisième siècle de notre ère, les magistrats municipaux qui n'avaient auparavant d'autre mission que de proposer des choix au magistrat supérieur, furent-ils investis d'un vrai droit de nomination; mais il se restreignait aux pupilles de fortune nulle ou très-médiocre, et ne s'exerçait que sur l'ordre du gouverneur (f. 3, *Dig*. 26-5).

Justinien complète cette théorie. Il conserve à Rome, et par Rome il entend aussi Constantinople, *utraque Roma*, le double pouvoir du préfet de la ville et du préteur, *secundum suam jurisdictionem*, c'est-à-dire selon la distinction précitée. Ailleurs les magistrats municipaux, *defensores civitatum*, nomment le tuteur, spontanément et sans l'ordre du président, aux pupilles dont la

fortune ne dépasse pas cinq cents *solidi* ou sous d'or (environ 7,500 fr. de notre monnaie) ; le président le nomme aux pupilles plus riches (*Inst.*, I, t. XX, p. 4-5; C. 30, *Cod.* 1-4).

La *datio tutoris* tient en même temps de la juridiction gracieuse et de la juridiction contentieuse. A la première elle emprunte deux caractères; c'est qu'on ne saurait la déléguer, et qu'elle peut avoir lieu même les jours fériés. Par deux autres côtés elle ressemble à la seconde; car le magistrat ne nomme valablement un tuteur qu'à son tribunal, et n'est pas admis à se nommer lui-même. Enfin elle ne comporte pas de modalité expresse; mais elle se trouve souvent affectée d'un terme ou d'une condition tacite, par exemple, lorsqu'il est pourvu au remplacement d'un tuteur temporairement empêché (f. 6, p. 1, *Dig.* 26-1 ; f. 7, p. 1, *Dig.* 26-3; f. 4, f. 8, p. 2, *Dig.* 26-5).

SECTION II

FONCTIONS DU TUTEUR.

103. Contrairement au tuteur français, le tuteur romain n'a pas le soin de l'éducation physique ou morale du pupille, et ne lui prête pas son domicile légal; ses fonctions ne touchent pas à la personne. C'est le magistrat seul qui, sur l'avis du tuteur et des parents, choisit le gardien de l'impubère, en se conformant autant que possible aux dispositions du testament paternel, s'il en existe (*Dig.* 27-2; *Cod.* 5-49).

Le rôle du tuteur, ses obligations, ses pouvoirs ne sont donc relatifs qu'au patrimoine du pupille. Il est vrai qu'on l'a vu intervenir dans l'adrogation de l'enfant; mais ce grand acte intéresse autant les biens que la personne. En principe, la mission du tuteur est gratuite; elle commence au jour où sa qualité lui est connue, et s'il propose une excuse, au jour du rejet définitif de la demande (f. 1, p. 1, *Dig.* 26-7; f. 17, p. 1, 49-1).

§ I

Objet et étendue des fonctions du tuteur.

Les fonctions du tuteur se ramènent à deux obligations générales, qui engendrent et délimitent ses pouvoirs. Il doit, autant que possible, conserver et augmenter les biens du pupille.

104. **Obligation de conserver.** — Du devoir de maintenir intacte

la fortune de l'impubère, les textes et le raisonnement déduisent diverses conséquences de détail; en voici les principaux exemples.

1° Sont absolument interdits au tuteur les actes qui diminueraient sans compensation le patrimoine de l'enfant. Telle est la donation, sauf de présents d'usage ou pour cause d'aliments; tels sont les affranchissements, hormis les cas exceptionnels de la loi Ælia Sentia; tels peuvent être certains faits juridiques, tantôt permis, tantôt prohibés, suivant les circonstances, comme la transaction (f. 22 ; f. 46, p. 7, *Dig.* 26 7).

2° Un sénatus-consulte, rendu sous Septime Sévère, en l'an 295 de notre ère, défendit aux tuteurs d'aliéner à titre onéreux les fonds de terre du pupille, situés à la campagne ou près des villes, *prædia rustica vel suburbana.* Cette règle fut étendue par Constantin aux *prædia urbana*, ainsi qu'à certains meubles précieux dont il donna l'énumération, et généralisée par Justinien jusqu'aux choses incorporelles et créances du pupille. Les jurisconsultes y faisaient sagement rentrer les aliénations indirectes ou partielles, par constitution de gage, hypothèque, servitude, etc. Mais le principe fléchissait de plein droit au cas d'aliénation forcée; d'autres fois, le magistrat pouvait par un décret, après avis de la famille, autoriser la vente sur la considération d'une nécessité urgente ou d'un avantage évident.

Enfin, ne furent jamais interdites les aliénations qui constituent plutôt un acte d'administration que de disposition, c'est-à-dire qui portent sur des objets susceptibles de dépérir, comme les meubles improductifs, les esclaves des villes, etc. Le tuteur avait même le devoir d'y procéder et répondait d'un retard dans la vente (*Dig.* 27-9; — C. 22, C. 28, *Cod.* 5-37).

3° Le tuteur est tenu de payer les dettes du pupille, certaines et exigibles; quand il se trouve personnellement créancier pour une cause étrangère à la tutelle, il doit se payer lui-même, et, dans l'hypothèse d'intérêts onéreux, il est réputé l'avoir fait. A l'inverse, le tuteur a l'obligation de recouvrer les créances du pupille, sous peine de répondre des insolvabilités survenues après les échéances; quand il se trouve débiteur, il est censé verser le payement entre ses mains, ce qui transforme pour l'avenir en dette de tutelle la somme due à tout autre titre (f. 9, p. 1-4; f. 15, *Dig.* 26-7).

4° La dépense ordinaire du pupille, ses frais d'entretien, *ali-*

menta, et d'éducation, *disciplina*, doivent, autant que possible, rester inférieurs à ses revenus. Dans l'usage, c'est le préteur ou le président de province qui en fixe approximativement le chiffre, et le tuteur doit remettre les sommes ainsi déterminées au gardien du pupille. Mais son avis est indispensable au magistrat; si donc il ne se présente pas pour donner les renseignements nécessaires, et que son absence soit frauduleuse, le pupille est envoyé en possession des biens du tuteur, avec un curateur chargé de vendre ceux qui dépériraient. S'il déclare mensongèrement que le pupille n'a rien, on le renvoie au préfet de la ville pour subir une peine que nous ignorons, et, de plus, il payera l'intérêt légal des sommes qu'il voulait dissimuler (*Inst.* I, t. XXVI, p. 9-10).

105. **Obligation d'augmenter.** — Le tuteur a mission de développer la fortune du pupille :

1° Il doit donc faire tous les actes d'administration qui tendent à rendre les biens productifs, notamment s'occuper de leur culture ou les donner à bail, suivant leur destination.

2° Il est chargé de veiller à l'acceptation des successions avantageuses, des legs, des donations entre-vifs ou *mortis causâ*, ainsi qu'à l'exécution des *modi* ou conditions qui peuvent y être apposés.

3° Il n'a pas le droit de retenir inutiles entre ses mains les sommes par lui touchées, argent comptant à son entrée en fonctions, prix des biens vendus, créances réalisées, libéralités recueillies, excédant de revenus. Son obligation est de les déposer en lieu sûr et d'en faire emploi, dès qu'elles atteignent un chiffre fixé par le magistrat; autrement il en devrait lui-même l'intérêt. Le délai de placement est de six mois pour les valeurs touchées au début de la tutelle, et de deux mois pour les autres (f. 5, pr. ; f. 7 ; f. 15, *Dig.* 26-7).

C'est dans les limites marquées par cette double obligation de conserver et d'augmenter les biens de l'impubère que s'exercent les pouvoirs du tuteur. En principe, tout ce qu'il fait au delà de ces bornes est nul et ne saurait lier le pupille. Cette règle, acceptable pour les actes nettement interdits comme la donation, est de nature à léser les tiers, quand il s'agit de transactions, novations, aliénations, ou tout autre fait équivoque, tantôt permis et tantôt défendu au tuteur (f. 22, *Dig.* 26-7).

§ II

Mode d'exercice des fonctions du tuteur.

Le mode d'exercice de ces divers pouvoirs ou devoirs est double en droit romain; le tuteur agit lui-même ou fait agir le pupille. Cette dualité de fonctions semble le trait le plus original de sa figure juridique, et le distingue profondément de notre tuteur français, qui intervient toujours en personne dans les faits de la tutelle. La formule technique est qu'il y a *tutelæ gestio* dans le premier cas, *auctoritas* dans le second (*Ulpien*, XI, 25).

106. **Tutelæ gestio.** — La *tutelæ gestio* est la conclusion d'un acte juridique par le tuteur pour le compte du pupille; c'est le tuteur qui est alors partie, qui est l'un des auteurs du fait, et le pupille y reste étranger.

Or, l'un des plus célèbres principes du pur droit romain, c'est d'exclure la représentation, c'est-à-dire de n'admettre pas que ce qui est fait par une personne soit jamais réputé fait par une autre. Toutes les conséquences actives ou passives de l'acte de gestion du tuteur s'arrêtent donc sur sa tête; lui seul, par exemple, est créancier s'il a stipulé, débiteur s'il a promis, investi ou passible de l'action en justice; le tiers contractant ne connaît que le tuteur et n'a rien à voir avec le pupille. Sans doute, il faudra bien que l'affaire rejaillisse, en définitive, sur le patrimoine de l'enfant, puisqu'on l'a réalisée pour son compte; mais ce transport sera l'objet d'une série ultérieure d'opérations, qui interviendront à la fin de la tutelle entre le tuteur et le pupille.

Ce système, si différent de notre loi moderne, qui répute fait par le pupille tout acte régulier du tuteur, offrait de grands inconvénients. D'abord, il y avait complication dans ce double déplacement de droits et de fonds; ensuite, le tuteur et le pupille couraient les dangers réciproques de l'insolvabilité de l'un ou de l'autre. Aussi le tuteur romain, curieuse remarque, ne semble-t-il pas avoir été contraint de tout temps à procéder par la *tutelæ gestio*. Son refus d'administrer ne lui faisait encourir à l'origine aucune responsabilité ; cette grosse lacune subsista peut-être jusqu'à la disparition de la loi Atilia (*Inst.* I, t. XX, p. 3).

Vers la fin du deuxième siècle de notre ère, la vieille théorie s'améliore sensiblement. On admet qu'une fois le pupille arrivé à la puberté, c'est à lui-même ou contre lui-même que seront données

utiliter toutes les actions provenues d'opérations régulières en la forme et faites de bonne foi par le tuteur, qui se trouve dessaisi au même moment. Si l'opération est entachée de dol, le tuteur reste tenu pour le tout, même après la tutelle, et le pupille n'est poursuivable que dans la mesure de son enrichissement (f. 2, 3, 5, 6, 7, 8, *Dig*. 26-9).

On peut donc, en résumé, poser la règle que le tuteur romain ne représente pas le pupille au moment du fait de gestion, mais que le droit nouveau le considère, après la tutelle, comme l'ayant représenté.

107. **Auctoritas.** — L'*auctoritas* est l'acte du tuteur qui complète la personnalité imparfaite du pupille, en l'aidant à conclure une affaire juridique. Ici le pupille figure sur la scène, joue le rôle de partie, consent et remplit les formalités; le tuteur n'intervient que, pour achever par son *auctoritas* (*augere*), une capacité insuffisante; tel fut toujours le sens de l'adage *tutor personæ datur*.

L'*auctoritas* relève de conditions qui lui sont propres. C'est un acte solennel, c'est-à-dire soumis à des formes spéciales. Elle exigeait sans doute dans les premiers temps l'emploi de paroles sacramentelles, et, si le droit classique et Justinien ne connaissent plus cette rigueur, toujours faut-il qu'elle soit pure et simple, sans terme ni condition, et que le tuteur la fournisse lui-même au moment de l'acte *præsens in ipso negotio;* donnée par avance, donnée après coup, donnée par lettre ou par messager, elle serait inefficace. L'*auctoritas* est donc plus qu'une simple autorisation, et notre langue ne fournit pas de terme équivalent (f. 8; f. 9, p. 5-6; f. 16, *Dig*. 26-8; *Inst*. I, t. XXI, p. 2).

Quand le pupille agit *tutore auctore*, les conséquences actives et passives de l'affaire se réalisent dans sa personne; c'est lui qui devient créancier ou débiteur, qui est investi ou passible de l'action. Sans doute il ne peut pas, dès à présent, l'exercer ou la subir seul; mais son patrimoine en est enrichi ou grevé. De là le brocard *qui auctor est, se non obligat;* aussi le tuteur, quoique libre en principe de refuser l'*auctoritas*, a-t-il toujours été responsable d'un refus intempestif (f. 17, *Dig*. 26-8).

Du reste, si l'*auctoritas* est fournie par dol, le pupille n'est lié que jusqu'à concurrence de son enrichissement, et le tuteur pour le surplus (f. 13, p. 7, *Dig*. 19-1).

108. **Application de l'une et de l'autre.** — De ces deux fonc-

tions, l'*auctoritas* est la plus essentielle; le tuteur seul peut l'exercer, tandis que la faculté d'administrer ou *tutelæ gestio* lui est commune avec les curateurs. En règle générale, le tuteur a dans chaque hypothèse particulière le choix entre ces deux modes d'action; aucun ne lui est imposé (f. 1, p. 2, 3, 4, *Dig.* 26-7).

Néanmoins le tuteur doit forcément recourir à l'intervention du pupille et *præstare auctoritatem* pour tous les actes personnels, c'est-à-dire de nature à n'être valablement conclus que par la personne intéressée; telles sont les *legis actiones* qu'on rencontrera plus tard, l'*in jure cessio* et la *manumissio vindictâ*, la mancipation, la stipulation, l'acceptilation, l'adrogation et l'acceptation ou répudiation d'hérédité.

A l'inverse, le tuteur ne peut employer l'*auctoritas*, et la voie de la *tutelæ gestio* lui est seule ouverte, lorsque le pupille se trouve hors d'état de prendre part lui-même à l'acte juridique. Tel est le cas facile à saisir du pupille absent; tel est le cas plus intéressant du pupille encore *infans*. On entend par *infantia* la première enfance, qui va jusqu'à sept ans; cet âge est incontestable pour le dernier état du droit, en vertu d'une constitution rendue par Théodose et Valentinien, l'an 426 de notre ère, et la doctrine actuellement prédominante le considère aussi comme certain pour le droit antérieur. Or, le pupille encore *infans* manque de tout discernement juridique; il n'a pas même le commencement de capacité que devrait achever l'*auctoritas;* la *tutelæ gestio* est donc indispensable dans cette première période de la tutelle (C. 18, *Cod.* 6-30 ; f. 14, *Dig.* 23-1 ; f. 70, *Dig.* 45-1).

109. Là prend naissance une difficulté. Il pouvait arriver que l'*auctoritas* et la *tutelæ gestio* parussent l'une et l'autre impraticables; par exemple, il s'agissait d'un acte personnel, et le pupille n'était pas sorti d'*infantia*. Les principes généraux offraient alors des moyens indirects de suppléer à l'intervention de l'enfant; ainsi le tuteur remplaçait l'*in jure cessio* et la mancipation impossibles par un autre mode d'acquérir, tel que la tradition ou l'usucapion; la stipulation légalement inacessible à l'*infans*, on chargeait son esclave de la faire, et le résultat était le même. A l'égard de l'adition d'hérédité, on prit des mesures spéciales. La succession laissée à l'*infans* par son *pater* lui appartenait de plein droit, en sa qualité de *suus heres*, sans aucune formalité d'acquisition; son âge ne pouvait donc être une gêne. Mais, quand la succession lui

advenait d'un autre que le *pater*, son acceptation était nécessaire; pour la réaliser, s'il n'était pas en état d'articuler, on lui faisait briser un objet fragile de l'hérédité, acte de maître qui constituait une adition tacite *pro herede gerendo ;* s'il était en état d'articuler, on l'admettait à l'adition verbale, *tutore auctore*, par dérogation à la règle que l'*auctoritas* est impossible durant l'*infantia.* Enfin Théodore et Valentinien, dans la constitution déjà signalée, chargèrent tout simplement le tuteur d'accepter l'hérédité au nom et pour le compte du pupille encore *infans.*

110. Il est d'autres cas où l'intérêt personnel du tuteur fait obstacle à l'interposition de l'*auctoritas*. En effet, *tutor in rem suam auctor fieri non potest ;* cette maxime souvent mal comprise ne signifie pas que le tuteur ne puisse jamais *præstare auctoritatem* pour des actes qui l'intéressent, puisqu'il lui est formellement permis d'habiliter le pupille à l'adition d'une hérédité dont lui-même, tuteur, se trouve créancier. Mais, dans toute affaire, soit contrat, soit procès, où le tuteur joue individuellement *vel per subjectas sibi personas*, un rôle opposé à celui du pupille, il ne peut lui fournir son *auctoritas;* autrement il passerait en quelque sorte l'acte avec lui-même. Dans l'ancien droit, le magistrat nommait alors au pupille un tuteur spécial à l'effet de l'autoriser; ce *tutor prætorius* se maintient en quelques hypothèses au temps classique; Justinien lui substitue un curateur (*Inst.* I, t. 21, p. 3).

111. **Dispense de l'une et de l'autre.** — Supposons enfin que le pupille agisse seul, sans intervention de *tutelæ gestio* ni d'*auctoritas*. Il est indispensable alors de déterminer exactement sa capacité.

Tout d'abord il faut écarter le pupille *infans;* absolument incapable, ce qu'il fait seul est et demeure nul (*Inst.* III, t. 19, p. 10).

Pour le pupille sorti de l'*infantia*, le droit est clair depuis l'époque classique, et se ramène à deux grandes règles :

Première règle. — 1° Le pupille peut faire seul sa condition meilleure, et ne peut la faire pire qu'avec l'*auctoritas* du tuteur; *placuit meliorem suam conditionem licere eis facere sine tutoris auctoritate, deteriorem verò non aliter quàm tutore auctore.* Le tuteur ne doit, au reste, lui fournir son *auctoritas* qu'en vue d'actes avantageux. Ces deux propositions, contradictoires en apparence, se concilient au moyen d'une observation bien simple. Faire sa condition meilleure, c'est acquérir, soit un droit réel ou de créance, soit la possession, ou se libérer d'une dette ; faire sa condition pire, c'est perdre son

droit par aliénation ou par extinction, ou s'obliger. Le sens de ces expressions est donc technique, et revient à dire que le pupille majeur de sept ans peut acquérir seul ; mais il lui faut pour aliéner ou s'obliger l'*auctoritas* du tuteur, qui ne doit la fournir qu'à bon escient et dans l'intérêt de l'enfant.

Seconde règle. — 2° Le pupille n'est pas admis à s'enrichir aux dépens d'autrui. Donc à chaque fois qu'il aura fait sa condition pire sans l'*auctoritas* de son tuteur, il n'en sera pas moins passible d'une action jusqu'à concurrence de l'enrichissement que son acte lui aura procuré. Ce principe fut le tempérament nécessaire du précédent. En effet, quand le pupille réalise une opération simple et non équivoque, de deux choses l'une. Tantôt cette opération rend uniquement sa condition meilleure, comme une promesse qu'il reçoit, une émancipation gratuite dont il bénéficie, une remise de dette qui lui est accordée, et dans ces cas il a valablement agi seul. Tantôt cette opération rend uniquement sa condition pire, comme une promesse, remise de dette ou mancipation gratuite de sa part, et dans ces cas l'acte est nul sans conteste. Mais il y a des faits complexes, qui rendent tout ensemble meilleure et pire la condition du pupille ; tel le paiement, qui détruit sa créance en lui procurant la chose due, ou qui le libère de sa dette en le privant de ce qu'il livre ; tels les contrats synallagmatiques, qui le marquent de la double qualité de créancier et de débiteur. Dans ces hypothèses, la première de nos deux règles eût produit de monstrueux résultats, si la sagesse de la loi n'eût trouvé dans la seconde un remède désirable. On appréciera l'effet de ces deux maximes combinées sur chacune des matières de droit qui en comportent l'application (f. 5, *Dig.* 26-8).

Mais il est bon de noter sans retard une observation spéciale à l'adition d'hérédité. D'après nos deux règles, l'adition faite sans *auctoritas* par le pupille lui procurerait l'actif de la succession ; quant au passif, c'est-à-dire aux dettes ou legs, il ne le supporterait que dans la mesure de son enrichissement, et s'en trouverait donc exempt pour tout ce qu'il aurait dissipé sans profit. Or une telle conclusion, injuste pour les créanciers héréditaires, jurerait de plus avec l'indivisibilité du titre d'héritier ; on ne saurait être en même temps investi de l'actif, libre du passif, et l'adition reste nécessairement une dans ses effets. On ne pouvait dès lors prendre d'autre parti que de l'interdire absolument au pupille *sine*

auctoritate. Il ne fait donc rien de valable en acceptant ou répudiant seul une hérédité, fût-elle bonne ; car son âge le met hors d'état de l'apprécier. La décision est écrite aux Institutes, qui ne distinguent pas entre les successions civiles, prétoriennes et fidéicommissaires (I, t. 21, p. 1).

112. *De l'impubère alieni juris.* — Cette série de principes sur les actes du pupille n'est pas applicable à l'impubère en puissance paternelle. Car il existe entre eux cette différence capitale, que le pupille est doué d'un patrimoine, et qu'en droit pur, l'enfant de famille n'en a pas ; l'intérêt de ses biens réclamait pour le premier une capacité moins nécessaire au second. Aussi l'impubère en puissance, une fois sorti d'*infantia*, peut-il rendre seul sa condition meilleure et faire des acquisitions qui profiteront à son père; mais il ne peut rendre sa condition pire, même *patre auctore ;* la loi romaine ne connaît pas de *patris auctoritas*. On n'excepte de cette règle que l'adition d'hérédité ; le *pater* d'un impubère institué est admis à lui donner ordre de se porter héritier, dès qu'il a l'âge de la parole ; Théodore et Valentinien autorisent plus tard le père, en même temps que le tuteur, à faire adition pour le compte de l'impubère *infans* (f. 8, p. 1, *Dig.* 29-2 ; C. 18, *Cod.* 6-30 ; *Inst.* III, t. 19, p. 10).

SECTION III

FIN DE LA TUTELLE.

Parmi les causes qui mettent fin à la tutelle, les unes viennent de la personne du pupille, *ex parte pupilli*, les autres de la personne du tuteur, *ex parte tutoris*. Dans le premier cas, il n'y a plus de tuteur ; dans le second cas, le tuteur est simplement remplacé.

§ I

Modes d'extinction.

113. La tutelle prend fin *ex parte pupilli* de trois manières : 1° par sa mort ; 2° par sa puberté ; l'âge nous en est connu depuis nos explications sur le mariage ; 3° par toute *capitis deminutio* ou changement qui vient l'atteindre dans son *status familiæ, civitatis* ou *libertatis ;* car l'adrogation, en l'introduisant dans une nouvelle famille, le rend *alieni juris*, et la perte, soit de la cité, soit de la liberté, lui enlève toute aptitude à la tutelle. Du reste, la transfor-

mation en esclave ou pérégrin est assez difficile à comprendre et d'application bien rare pour un pupille, que sa jeunesse met généralement à l'abri de condamnations pénales (*Inst.* I, t. 22, p. 1).

La tutelle prend fin *ex parte tutoris* dans cinq hypothèses : 1° par sa mort ; 2° par sa *capitis deminutio maxima* ou *media*, c'est-à-dire sa chute en esclavage ou sa déchéance du droit de cité ; anciennement et même encore au temps des Institutes, le changement de famille du tuteur produisait le même effet extinctif sur la tutelle légitime ou fiduciaire, en détruisant le rapport d'agnation ou de patronat qui lui servait de base ; mais, dès l'instant que la législation des Novelles rattache la tutelle légitime au lien du sang, la *minima capitis deminutio* perd toute influence en cette matière ; 3° par la survenance d'une excuse dans le cours de la tutelle ; 4° par l'échéance ou l'accomplissement de la modalité résolutoire que le testateur a pu apposer à la tutelle testamentaire ; 5° par la destitution du tuteur, dans le langage romain *remotio suspecti tutoris* (*Inst.* I, t. 22, p. 2-6).

§ II

Suites de l'extinction.

Après la tutelle terminée, il faut procéder au règlement des comptes entre le tuteur et le pupille. Comme la tutelle est dans l'idée romaine un quasi-contrat analogue au mandat, les obligations de tuteur et du pupille correspondent à celles du mandataire et du mandant (*Inst.* III, t. 27, p. 2).

114. Recours du pupille contre le tuteur. — Le tuteur est responsable envers le pupille de tout dommage qu'il lui a causé, soit par une mauvaise *tutelæ gestio* ou par une *auctoritas* donnée à contre-temps, soit même en s'abstenant de l'une ou de l'autre pour des actes utiles. La responsabilité du tuteur embrasse non-seulement son dol et sa faute lourde, *culpa lata*, mais encore sa faute légère, *culpa levis*. Cette faute légère s'apprécie-t-elle *in concreto* ou bien *in abstracto* ? En d'autres termes, le tuteur ne devra-t-il réparation que des négligences dont il se serait gardé pour ses propres affaires, ou même aussi des omissions qui lui sont habituelles dans la gestion de ses intérêts et qu'eût évitées un administrateur attentif ? De ces deux doctrines qui trouvent un égal appui dans les textes, la seconde a pour elle un air plus frappant de vérité ; car elle s'accorde mieux avec la rigidité de ces mœurs

romaines qui élevaient la tutelle au premier rang des plus sacrés devoirs, avant l'hospitalité, avant la clientèle, avant la parenté (f. 1, *Dig.* 27-3 ; — f. 10, f. 33, *Dig.* 26-7).

Le résultat pratique de la responsabilité du tuteur, c'est son obligation de rendre compte des biens qu'il a reçus à l'entrée en charge, des acquisitions survenues dans le cours de la tutelle, et généralement de tous les actes quelcônques d'administration. Ce compte a son point de départ dans l'inventaire que le tuteur a dû dresser au début, comme nous le verrons, et les principaux éléments en sont fournis, sans préjudice de tous autres moyens de preuve, par les notes qu'il a dû rédiger au fur et à mesure de sa gestion. En vue de la reddition de compte, le tuteur est tenu de provoquer la nomination d'un curateur à son ancien pupille (f. 5, p. 5 ; f. 33, p. 1, *Dig.* 26-7).

115. Ces diverses obligations du tuteur produisent deux actions ouvertes au pupille :

1° *Actio directa tutelæ;* c'est l'action de droit commun, civile, aussi vieille que l'institution de la tutelle ; elle marque de la note d'infamie le tuteur qui s'y laisse condamner. Dès l'époque des jurisconsultes, le pupille y jouit d'un privilége opposable aux créanciers chirographaires du tuteur, *privilegium inter personales;* Constantin le transforme en une hypothèque tacite qui prend date au jour de l'ouverture de la tutelle (f. 42, *Dig.* 26-7 ; f. 22, 25, *Dig.* 27-3 ; C. 20, *Cod.* 5-37).

Si le tuteur est un fils de famille, le *judicium tutelæ* peut s'intenter contre son père *de peculio* ou *de in rem verso*, par l'effet de principes complexes qui seront expliqués en leur lieu (f. 7, *Dig.* 26-1 ; f. 21, *Dig.* 26-7).

2° *Actio de rationibus distrahendis;* c'est une action exceptionnelle, civile, qui remonte à la loi des Douze Tables ; elle suppose des comptes inexacts, frauduleusement présentés par le tuteur pour dissimuler un détournement commis au préjudice du pupille. Elle tend au double de la valeur détournée ; l'une des moitiés de la condamnation indemnise le pupille, l'autre punit le tuteur. Cette action est donc mixte, c'est-à-dire mélangée d'un caractère pénal ; aussi reste-t-elle personnelle au tuteur et ne se donne-t-elle pas contre ses héritiers, qui ne sont passibles que du *judicium tutelæ* pour la réparation due au pupille (f. 1, p. 21-24 ; f. 2, p. 2, *Dig.* 27-3).

116. **Recours du tuteur contre le pupille.** — De son côté, le tuteur peut être créancier. Le pupille doit lui rembourser toutes les avances qu'il a raisonnablement faites, le dédommager des pertes que lui a causées la tutelle, et le décharger des obligations contractées dans la *tutelæ gestio* (f. 3, p. 1, 7, 8, *Dig.* 27-4).

A ces fins, le tuteur est armé contre le pupille de l'*actio contraria tutelæ*. Si l'action directe, née du droit civil, a toujours coexisté avec la tutelle, l'action contraire, création du préteur, n'apparaît qu'au premier siècle de notre ère. Cette lacune tenait au double principe que le pupille ne s'oblige pas sans l'*auctoritas* du tuteur, et que le tuteur ne saurait la lui fournir valablement pour l'obliger envers lui-même. De ce défaut d'action, il résultait pour le tuteur qu'on ne pouvait le forcer à gérer. La jurisprudence prétorienne négligea ces subtilités de raisonnement et préféra le bien pratique de la tutelle. L'*actio contraria* réagit sur l'*actio directa* ; car le tuteur n'était primitivement responsable que de sa mauvaise gestion et de son *auctoritas* donnée ou refusée hors de propos ; après l'organisation de son recours contre le pupille, il eut à répondre même de son abstention dans la *gestio* (*Dig.* 27-4).

CHAPITRE XI

TUTELLE DES FEMMES PUBÈRES.

117. Dans la période de l'impuberté, la femme et l'homme sont traités de même par la loi romaine, qui leur applique sans distinction les règles de la puissance paternelle ou de la tutelle. Mais à la puberté, l'homme *sui juris* prend un libre essor dans la vie civile ; la femme *sui juris* reste à peu près ce qu'elle était. Le vieux droit des Douze Tables, en effet, la retenait enfermée dans une tutelle perpétuelle. Les jurisconsultes classiques donnent de cette rigueur un semblant d'explication, en lui attribuant pour causes la faiblesse ou la légèreté d'esprit du sexe, et son ignorance des choses juridiques ou judiciaires, *sexus infirmitas, levitas animi, ignorantia rerum forensium ;* ce n'était là qu'un prétexte, ainsi que certains d'entre eux ont la franchise d'en convenir. La tutelle des femmes pubères s'organisa, non pour elles, mais contre elles, et sans doute par deux raisons. On ne voulait pas leur laisser l'in-

fluence qu'elles auraient trouvée dans une libre administration de leurs fortunes ; et ces biens qui seraient sortis à la légère de leurs mains inexpérimentées, on voulait les conserver aux parents civils. L'intérêt social et l'intérêt des familles, tel est peut-être le double besoin qu'on tenta de satisfaire par une institution trop conforme aux rudes idées de ce vieux temps pour séduire le nôtre. La tutelle des femmes pubères ne fut qu'une mesure d'oppression (*Gaius*, I, 190).

Elle ressemble à la tutelle des impubères dans ses traits principaux ; relevons seulement les différences.

§ I

Désignation du tuteur.

118. La tutelle des femmes se défère des trois mêmes façons et dans le même ordre que la tutelle des impubères. Aucune différence n'est à signaler entre les deux pour la compétence et les attributions des magistrats chargés, le cas échéant, de faire la nomination (*Ulpien*, XI, 18, 20-24).

Quant à la tutelle testamentaire des femmes, elle est tantôt un acte de puissance paternelle, tantôt un acte de puissance maritale. Le mari peut même, au lieu de désigner directement un tuteur, laisser à la femme le droit de le choisir. La femme a *plena optio*, quand le mari lui permet par testament de changer de tuteur à son gré ; l'*optio* est *angusta*, si la femme n'a la faculté de changer qu'un nombre de fois déterminé ; dans les deux cas, le tuteur reçoit le nom de *tutor optivus* (*Gaius*, I, 148, 150-154).

La tutelle légitime des femmes s'attribue d'après le principe *ubi successionis emolumentum, ibi tutela*. Elle va donc aux plus proches agnats pour l'ingénue non émancipée, au patron ou descendants du patron pour l'affranchie ; sur la tête de l'ingénue émancipée, la tutelle est légitime pour l'ascendant émancipateur, et fiduciaire pour ceux qui l'exercent à son défaut. La tutelle des agnats ou du patron peut appartenir à des personnes frappées d'une incapacité physique, comme les impubères, les muets, les sourds. Ces incapables à la vérité n'auront qu'un titre nominal, et le magistrat constituerait un *tutor ad hoc* dans les affaires où serait exigée l'*auctoritas;* mais il ressort néanmoins de ce fait la preuve évidente que notre institution est conçue dans l'intérêt du tuteur, et non de la femme. En outre, et par la même raison, la

tutelle légitime, sans doute aussi la tutelle fiduciaire, peuvent faire l'objet d'une cession. Le cessionnaire, *tutor cessitius*, n'est d'ailleurs qu'un délégué dont les droits s'éteignent avec ceux du cédant, c'est-à-dire par la mort ou toute *capitis deminutio* de celui-ci ; à l'inverse, le cédant les recouvre par le dessaisissement du cessionnaire (*Gaïus*, I, 168-170, 172) (*Ulpien*, XI, 20-22).

§ II

Effets de cette tutelle.

119. La tutelle des femmes pubères fut certainement prise au sérieux dans l'origine. Mais la science actuelle ne la connaît que par les textes du droit classique, où ses caractères primitifs sont presque effacés. Telle que nous pouvons la décrire, elle diffère profondément dans ses conséquences de la tutelle des impubères.

Tandis que le tuteur de l'impubère a les deux fonctions de la *gestio* et de l'*auctoritas*, le tuteur de la femme ne procède jamais par la première et n'exerce que la seconde. En d'autres termes, la femme pubère accomplit elle-même tous les actes de la vie civile, et le tuteur se borne à l'autoriser quand est besoin. De là résulte que, privé de toute administration, il n'a point de comptes à rendre, et qu'entre la femme et son tuteur il n'existe aucune action de tutelle ; la logique le dispense aussi de tout serment, inventaire ou caution (*Ulpien*, XI, 25 ; *Gaïus*, I, 191).

Son unique rôle d'*auctor*, dans quels cas le tuteur est-il appelé à le remplir ? Comme l'impubère en tutelle, la femme peut faire seule sa condition meilleure ; de plus que l'impubère, elle peut aussi, dans certaines limites, faire sa condition pire. L'*auctoritas* du tuteur lui est nécessaire pour les actes les plus graves ; tels sont : 1° les *actiones legis*, et, partant, l'*in jure cessio ;* 2° l'aliénation des *res mancipi*, et, par suite, toutes sortes d'affranchissements ; 3° les obligations ; 4° l'acceptilation ; 5° l'adition d'hérédité ; 6° le mariage, la constitution de dot (*Ulpien*, XI, 20, 22, 27 ; *Gaïus*, II, 85).

Cette *auctoritas* ainsi requise, le tuteur n'était pas toujours libre de la refuser ; car le préteur la lui imposait souvent. Dès lors, elle ne fut plus un des éléments de la capacité de la femme, mais une simple condition extérieure, une formalité. Le tuteur légitime con-

serva seul une certaine indépendance; héritier *ab intestato* de la femme, on ne le força jamais de se dépouiller lui-même en autorisant la femme à tester, et ce n'était pas sans des motifs impérieux qu'on exigeait son *auctoritas* pour les obligations et les aliénations de *res mancipi* (*Gaius*, I, 190-192).

§ III

Fin de cette tutelle.

120. Les mêmes causes en général mettent fin aux tutelles de la femme et de l'impubère. Toutefois, il est à noter que nul âge n'en libère la femme, et que l'adrogation lui fut longtemps inaccessible. En revanche, elle seule devenait *alieni juris* par la *conventio in manum*, et, dans le système des lois caducaires, une application du *jus liberorum* exemptait de la tutelle du patron la mère de quatre enfants, et de toute autre tutelle la mère de trois enfants (*Gaius*, I, 194 ; *Ulpien*, XXIX, 3).

Cette antique théorie ne pouvait pas survivre aux conceptions étroites des premiers Romains. Déjà, signe irrécusable de décadence, la raillerie s'y attaque au temps de Cicéron. Auguste lui porte un coup mortel en l'éteignant par une maternité triple ou quadruple ; car toute récompense de la fécondité des femmes est directement contraire à l'esprit de l'institution. Enfin, sous le règne de Claude, une *lex Claudia* supprime la tutelle légitime des agnats, et la vaine apparence qui persiste dans les autres cas, illusoire et presque ridicule, disparaît sans abrogation formelle avant le triomphe du christianisme (Cicéron, *Pro Murena*, 12 ; Gaius, I, 157, 171).

CHAPITRE XII

CURATELLE.

(*Inst.*, I, t. XXIII.)

121. A la diversité d'objets déjà signalée entre la tutelle et la curatelle, se rattache une différence dans les pouvoirs. Le curateur a les mêmes fonctions de *gestio* que le tuteur; mais l'*auctoritas tutoris* fait ici place au *consensus curatoris*, qui n'a rien de solennel et se donne valablement *per nuncium* ou *per epistolam*, avant ou après

l'acte. En outre, la curatelle est presque toujours déférée par le magistrat, très-rarement par la loi, jamais par testament.

§ I

Curatelle des fous, prodigues et faibles d'esprit.

Cette première curatelle ne porte que sur des personnes pubères et *sui juris;* autrement elles seraient *in potestate vel in tutela.*

122. **Système des Douze Tables : curatelle légitime.** — Les cas de curatelle légitime furent déterminés en petit nombre par les Douze Tables. Cette loi ne considérait comme fou que le *furiosus*, c'est-à-dire la personne atteinte d'accès intermittents de folie. Par *prodigus*, elle n'entendait que la personne qui dissipait la succession *ab intestato* de son père ou d'un autre ascendant mâle paternel. Du reste, la folie, qui emporte par elle-même impuissance d'administrer, donnait immédiatement et sans formalités ouverture à la curatelle; quant au prodigue, il n'y tombait qu'après une sentence d'interdiction, rendue par le magistrat pour le dessaisir de ses droits (Cicéron, *Tuscul.* III, 5; *Ulpien*, XII, 3; *Paul*, III, t. IV, p. 7).

Cette curatelle était déférée aux agnats dans l'ordre d'agnation, après eux aux *gentiles*. A défaut des uns et des autres, elle cessait. De ces détails jaillit la pensée des Douze Tables; le législateur n'avait pas souci de protéger le prodigue ni le fou, mais seulement de conserver les biens de famille à leurs héritiers présomptifs. Etroite dans ses bases, insuffisante dans ses moyens, cette organisation appelait un remède (*Inst.*, p. 3, *hic*).

123. **Système du préteur.** — Le préteur assimile aux fous par accès, *furiosi*, les personnes dont la maladie d'esprit est continue, *mente capti*, même les sourds, les muets, et tous ceux qu'une infirmité permanente rend incapables de gérer leur fortune, qui *perpetuo morbo laborant*. De même, est désormais prodigue quiconque gaspille son patrimoine. La curatelle légitime n'est maintenue que pour les cas spécifiés par la loi des Douze Tables; en toute autre hypothèse, le magistrat nomme lui-même un curateur, qui doit à son origine le nom d'*honorarius* (Inst., p. 3, 4, *hic;* f. 1, f. 15, *Dig.*, 27-10; C. 7, p. 6, *Cod.* 5-70).

Le prodigue interdit ressemble au pupille sorti d'*infantia*, en ce sens qu'il peut rendre seul sa condition meilleure, et ne peut la rendre pire qu'avec l'assistance de son curateur. Le *furiosus* est

frappé d'une incapacité absolue, c'est-à-dire applicable à tous ses actes; le *mente captus*, d'une incapacité restreinte à certains actes, qu'il faudra signaler le cas échéant. Mais, pour l'un et l'autre, l'incapacité se justifie par une lacune de l'intelligence et doit cesser au retour de la raison, ne fût-il que momentané. En d'autres termes, le droit romain, inférieur sur ce point à notre droit français, tient compte pour le fou de l'intervalle lucide dûment établi, et pose la question de fait pour les autres faibles d'esprit (f. 6, *Dig.* 45-1; Paul, III, t. IV; p. 5; C. 6, *Cod.* 5-70).

Cette curatelle prend donc fin par la guérison du *furiosus* ou du *mente captus* et par la conversion du prodigue. Une décision judiciaire paraît indispensable pour constater ce changement.

§ II

Curatelle des mineurs de vingt-cinq ans.

124. Le vieux droit civil ne faisait pas de distinction entre le pubère et l'homme mûr. Cependant, si l'on réfléchit que la puberté romaine s'atteignait à quatorze ans pour les garçons et douze ans pour les filles, on admettra qu'il était imprudent de la confondre avec l'âge de pleine raison. Aussi devint-il nécessaire de subdiviser les pubères en deux classes, d'une part les mineurs de vingt-cinq ans, *minores viginti quinque annis, adolescentes, adulti*, d'autre part ceux qui avaient dépassé cette *perfecta* ou *legitima ætas.*

Progression historique. — La première trace d'une protection spéciale pour les mineurs de vingt-cinq ans est dans une loi *Plætoria* dont nous ignorons la date, mais qui se trouvait certainement en vigueur au temps de Plaute, vers le milieu du sixième siècle de Rome; car il y fait allusion dans ses comédies. Contre la personne qui avait frauduleusement abusé de l'inexpérience d'un *adolescens*, elle organisait une accusation criminelle, ouverte à tous, *judicium publicum*, infamante pour le condamné. La victime du dol, *circumscriptus*, pouvait opposer la nullité de son engagement, tout au moins par voie d'exception. Comme le crédit des mineurs était dès lors ébranlé, la même loi les autorisait, pour la conclusion d'un acte juridique, à demander la nomination d'un curateur dont la présence, en écartant tout soupçon de fraude, assurait la validité de l'opération (f. 7, p. 1, *Dig.* 44-4).

Vient l'époque, sur la fin de la République, où le remède de

l'exception et de l'action de dol profite à tout le monde en général. Les mineurs de vingt-cinq ans se trouvent alors dans le droit commun. Mais le préteur, par la raison qu'ils sont parfois lésés sans être trompés, imagine en leur faveur la ressource exceptionnelle de l'*in integrum restitutio;* les règles nous en deviendront plus tard familières.

125. Enfin, dès le règne de Marc-Aurèle, la minorité de vingt-cinq ans fut par elle-même une cause de curatelle générale et permanente; une distinction paraît seulement nécessaire. Le mineur qui a passé par la tutelle est toujours pourvu d'un curateur; car son tuteur, avant la reddition de comptes, a dû l'avertir d'en réclamer un, ou provoquer personnellement la nomination. Le curateur ainsi désigné n'est pas dessaisi par la reddition de comptes, et reste en fonctions jusqu'à la majorité pour surveiller la gestion du patrimoine dont il a surveillé la restitution (f. 5, p. 5; f. 33, p. I, *Dig*. 26-7; f. 1, p. 3, *Dig*. 4-4; C. 7, *Cod*. 5-31).

Au contraire, le mineur qui n'a pas été en tutelle ne reçoit point de curateur contre son gré. Ce principe ne comporte guère que trois exceptions. L'adversaire en procès avec le mineur, et le débiteur désireux de lui payer sa dette, ont le droit d'exiger la nomination d'un curateur, qui atténuera singulièrement par son assistance les risques de *restitutio in integrum*. De même, l'adolescent frappé d'aliénation mentale sera soumis à la curatelle, non comme fou, mais comme mineur, nuance remarquable, qui entraîne l'exclusion des agnats et le maintien des pouvoirs du curateur pendant les intervalles lucides (*Inst*. I, t. XXIII, p. 2; II, t. VIII, p. 2; f. 3, p. 1, *Dig*. 26-1).

126. *Condition juridique des mineurs de vingt-cinq ans.* — Quelle est, en définitive, la condition juridique du mineur de vingt-cinq ans? 1° Dans le droit classique, en dehors du cas de folie, il nous apparaît capable de conclure, *sine consensu curatoris*, toutes sortes d'actes juridiques; il n'en faut excepter que la reddition du compte de tutelle, les procès, la réception de payement, et les aliénations prohibées dans le sénatus-consulte de Septime Sévère, élargi par Constantin; car ces aliénations, interdites au tuteur, l'étaient par suite au curateur et plus forcément encore au mineur.

2° Mais le droit postérieur est différent. Depuis Dioclétien, les mineurs en curatelle semblent mis sur le même pied que l'interdit et le pupille, et ne peuvent rendre leur condition pire que *consensu*

curatoris. En effet, à quoi bon leur permettre de réclamer un curateur, s'il ne doit y avoir nulle différence entre ceux qui font usage de cette faculté précieuse et ceux qui la dédaignent? Ce changement de législation explique suffisamment, semble-t-il, la contradiction qui se relève entre les textes de la grande époque juridique et certaines constitutions plus récentes (f. 101, *Dig*. 45-1 ; C. 3, *Cod*. 2-22).

La curatelle des mineurs cesse par les mêmes causes que la tutelle des impubères, sauf la différence des âges qui les terminent. L'empereur peut néanmoins leur accorder la *venia ætatis*, bénéfice assez analogue à notre émancipation moderne ; les hommes l'obtiennent à vingt ans, les femmes à dix-huit. Cette faveur les assimile à des majeurs, si ce n'est qu'on les traite encore comme mineurs pour les aliénations d'immeubles (*Cod*. 2-4 5.

§ III

Curatelle des impubères.

127. L'impubère est nécessairement *alieni juris* ou *sui juris ;* mais la présence du père de famille au premier cas, du tuteur au second, n'écarte pas toujours certaines curatelles spéciales.

L'impubère *alieni juris*, c'est-à-dire l'enfant de famille, reçoit un curateur pour ceux de ses biens dont la propriété ni l'administration n'appartiennent à son père, et qu'on apprendra bientôt à connaître (C. 8, p. 1, *Cod*. 6-61).

L'impubère *sui juris*, c'est-à-dire le pupille, reçoit un curateur en plusieurs cas. Par exemple, il en est ainsi dans l'hypothèse d'un tuteur dont l'intérêt est contraire sur un point spécial à l'intérêt du pupille, ou qui fait admettre une excuse temporaire ; de même, s'il est inhabile, mais exempt de la mauvaise foi qui permettrait de le destituer, il n'interviendra plus que pour l'*auctoritas*, et sera pour la *gestio* remplacé par un curateur. Le curateur, personnellement responsable, diffère d'un autre suppléant qu'on appelle *adjutor tutelæ*, et qui gère aux risques du tuteur (*Inst*. I, t. XXIII, p. 5-6 ; f. 13, *Dig*. 26-1).

§ IV

Actions de la curatelle.

128. A la différence de la tutelle, la curatelle n'engendre pas d'ac-

tions originales, distinctes et pourvues de règles propres. Contre le curateur, on donne une action directe de gestion d'affaires, *directa negotiorum gestorum;* elle se rapproche du *judicium tutelæ:* car le mineur, le fou, le prodigue y jouissent comme le pupille d'un *privilegium personale*, que Constantin transforme en hypothèque tacite, au moins pour le mineur. L'action *de rationibus distrahendis* n'existe pas ici (f. 25, *Dig.* 27-3; C. 20, *Cod.* 5-37).

Au curateur, on donne une action contraire de gestion d'affaires, *contraria negotiorum gestorum.*

Comme l'une et l'autre sortent du cadre habituel de la gestion d'affaires, elles sont surnommées *utiles.*

CHAPITRE XIII

RÈGLES COMMUNES A LA TUTELLE ET A LA CURATELLE.

(*Inst.* I., t. XXIV-XXVI.)

Trois catégories de règles sont communes aux matières de la tutelle et de la curatelle.

129. I. **Garanties accordées aux incapables.** — Le tuteur ou curateur administre la fortune d'autrui; de là des précautions à prendre.

Inventaire. — 1° L'un ou l'autre, avant d'entrer en fonctions, doit constater le patrimoine de l'incapable par un inventaire, *inventorium, repertorium,* fait en présence de *personæ publicæ*, qui sont probablement les magistrats municipaux ou les *tabularii.* L'omission de cette mesure de prudence l'exposerait à voir, lors de la reddition de compte, les biens de l'incapable évalués par le jugement en cas de simple négligence, et par le serment de l'oyant compte lui-même en cas de dol (C. 24, *Cod.* 5-37; f. 7, *Dig.* 26-7).

Satisdatio. — 2° Le tuteur ou curateur contracte l'engagement principal de veiller aux intérêts qui lui sont confiés, *rem salvam fore;* il doit, en outre, fournir la sûreté qu'on appelle *satisdatio*, c'est-à-dire l'engagement auxiliaire d'un ou de plusieurs fidéjusseurs.

Cette caution n'est pas exigée des tuteurs testamentaires, ni des tuteurs ou curateurs nommés par les magistrats supérieurs après enquête. Parmi les tuteurs légitimes, le patron et ses enfants, peut-être aussi l'ascendant émancipateur, en sont quelquefois dis-

pensés sur examen. C'est toujours aux magistrats municipaux qu'incombe le soin de veiller à ce que la sûreté soit fournie et sérieuse; la résistance du tuteur ou curateur entraînerait une *pignoriscapio*, c'est-à-dire la constitution d'un droit de gage sur ses biens au profit de l'incapable (*Inst.* I, t. XXIV, pr., p. 1, 3, 4; f. 5, p. 1, *Dig.* 26-4).

La caution, une fois présentée et agréée, s'engage envers l'incapable par le contrat de stipulation. Si l'incapable est absent ou trop jeune pour parler, son esclave le remplace; s'il n'a pas d'esclaves et qu'on n'en puisse acheter, on fait intervenir un *servus publicus;* quelquefois le magistrat charge un tiers de stipuler, ou stipule directement lui-même; l'action contre le fidéjusseur ne sera qu'*utilis* dans ces derniers cas. On finit par admettre, au lieu de ces expédients, que la volonté non douteuse du fidéjusseur suffirait à l'obliger; il la manifestait en laissant inscrire son nom sur les *acta publica* (f. 1, p. 15, 16, *Dig.* 27-8; f. 2, 3, 4, 6, *Dig.* 46-6; f. 4, p. 3, *Dig.* 27-7).

L'incapable puise deux avantages dans cette *satisdatio.* Il y gagne d'abord contre le fidéjusseur l'*actio ex stipulatu*, indépendante de l'action directe de tutelle ou de curatelle; elle ne s'ouvre, comme celle-ci, qu'après le dessaisissement du tuteur ou du curateur, et se donne aussi contre ses héritiers; mais elle n'emporte pas infamie, et l'incapable n'y jouit d'aucun privilége (f. 5, *Dig.* 27-7; f. 4, p. 4, *Dig.* 46-6).

En outre, contre les magistrats municipaux qui ont omis d'exiger des fidéjusseurs, ou qui en ont agréé d'insolvables, est ouverte depuis Trajan une *actio subsidiaria;* elle implique discussion préalable du tuteur ou curateur et de la caution, et n'est qu'un dernier remède pour l'incapable; de là son nom. Mais l'héritier du magistrat ne répond que du dol ou de la faute lourde de son auteur (*Inst.* I, p. 2, t. XXIV; C. 4, 5, *Cod.* 5-75).

Restitutio in integrum. — 3° Enfin le pupille et l'adolescent sont investis d'une troisième faveur, la *restitutio in integrum.*

Primitivement créée pour le mineur de vingt-cinq ans, la *restitutio in integrum* fut étendue aux pupilles; elle finit par embrasser, avec les actes accomplis par le mineur seul ou *consensu curatoris*, les faits de gestion du curateur lui-même, et tout ce que le tuteur exécutait par l'*auctoritas* ou la *gestio.* Comme le préteur ne distinguait pas entre les mineurs *sui juris* et les mineurs *alieni juris*,

les fils de famille se trouvèrent également appelés à jouir de ce bénéfice (f. 1, p. 1; f. 29, f. 47, *Dig.* 4-4).

Le délai de la demande à fin de *restitutio* comprend la minorité, plus une année utile dans le droit classique. Justinien substitue à ce dernier terme variable une durée fixe de quatre ans continus à partir de la majorité, *quadriennium continuum* (C. 5, p. 1 *Cod.* 2-22; C. 7, *Cod.* 2-53).

Suivant une théorie générale qui sera posée plus tard, la *restitutio* requiert deux conditions. Il faut que le demandeur ait éprouvé une lésion, et que nulle autre voie de droit équivalente ne lui soit ouverte.

La lésion provient de sources diverses. Car elle consiste tantôt dans un appauvrissement direct, comme une aliénation; tantôt dans un gain manqué, comme la répudiation d'une hérédité avantageuse; tantôt dans une simple omission préjudiciable, comme l'oubli d'interjeter appel d'une condamnation ou d'interrompre une usucapion. Mais la *restitutio in integrum*, destinée à préserver le mineur des périls de son âge, n'efface pas les conséquences de son délit ou de son dol, ni les dommages résultés de cas fortuits ou trop insignifiants. La nécessité d'une lésion a donné naissance au brocard *minor restituitur non tanquàm minor, sed tanquàm læsus* (f. 11, 24, 35, 36, 64, *Dig.* 4-4).

La *restitutio in integrum* suppose le défaut de tout autre moyen équivalent. On ne la donnerait donc pas à l'occasion d'un acte nul, comme une obligation du pupille non autorisé, une donation du tuteur ou curateur, une aliénation prohibée par le sénatus-consulte de Septime Sévère. Elle n'est d'ailleurs accordée qu'à l'incapable qui n'a pas trouvé pleine satisfaction dans ses actions de tutelle ou de curatelle, *ex stipulatu* contre les fidéjusseurs, et *subsidiaria* contre les magistrats. Par exception à ce caractère de ressource extrême, le mineur victime d'une violence peut opter entre la *restitutio* et l'action *quod metus causâ*, et, s'il est victime d'un dol, il doit préférer la *restitutio* à l'action *de dolo;* cette dérogation tient à la gravité de ces deux actions, dont la première fait encourir la peine du quadruple, et la seconde l'infamie (C. 3, 5, *Cod.* 2-25; f. 21, p. 6, *Dig.* 4-2; f. 7, p. 1, *Dig.* 4-1).

Prononcée par le préteur, la *restitutio in integrum* a pour effet de remettre l'incapable dans la situation qui était la sienne avant l'acte dont il a souffert.

130. II. **Causes d'incapacité ou d'excuses.** — Dans la tutelle ou la curatelle, il faut distinguer les incapacités et les excuses. L'*incapacité*, c'est l'inaptitude légale d'une personne au *munus publicum tutelæ vel curæ;* elle a pour raison d'être l'intérêt public ou l'intérêt de l'individu qu'il s'agit de protéger, et s'attache à des catégories déterminées en bloc, sans impliquer aucune défiance individuelle. L'*excuse*, c'est une considération de fait qu'invoque une personne capable pour se dérober au *munus publicum;* elle est ordinairement dans l'intérêt du tuteur ou curateur, quelquefois du protégé. L'incapacité s'impose forcément, tandis qu'on peut renoncer au bénéfice de l'excuse.

Incapacités. — Sont incapables d'avoir la tutelle ou la curatelle, dans le droit classique, les non citoyens, les femmes, et, pour toute autre hypothèse que la *tutela legitima*, les impubères. Justinien établit en faveur des femmes deux exceptions qui nous sont connues, étend à tous les cas l'incapacité des impubères, et déclare incapables pour l'avenir le mineur de vingt-cinq ans, le militaire, l'un et l'autre simplement excusables jusqu'alors, enfin les évêques et les moines (*Inst.* I, t. XXV, p. 13, 14; *Nov.* 123, c. 5).

La tutelle légitime avant Justinien, et depuis ce prince toute tutelle est également fermée aux sourds et aux muets; mais cette incapacité ne paraît pas comprendre la curatelle. En revanche, le mari et le père du mari ne peuvent pas être curateurs, l'un de sa femme, l'autre de sa bru; seulement cette incapacité, inexactement qualifiée d'excuse dans les Institutes, est étrangère à la tutelle (*Inst.* I, t. XXV, p. 19).

Excuses. — Les excuses n'opèrent pas de plein droit. Le tuteur ou curateur n'est pas admis à les proposer, s'il a promis au père de l'incapable d'accepter le fardeau, ou si l'incapable est l'enfant de son patron ou de sa patronne (*Inst.* I, t. XXV, p. 9; C. 5, *Cod.* 5-62).

Hormis ces cas, les excuses s'invoquent d'abord devant le magistrat qui a fait la nomination ou qui avait qualité pour la faire; on peut ensuite interjeter appel. La décision définitive a l'autorité de la chose jugée, si l'excuse est rejetée à tort ou à raison; mais elle ne l'a point et se trouve exceptionnellement nulle de plein droit, si l'excuse est admise par la fraude de l'impétrant. Le tuteur testamentaire, en faisant agréer une excuse, perd les legs que lui avait adressés le testateur (*Inst.* I, t. XXV, p. 20; f. 28, *Dig.* 26-2).

Le délai pour proposer les excuses est de cinquante jours à compter de la connaissance que le tuteur ou curateur a eue de sa vocation; s'il réside au delà de quatre cents milles du lieu d'ouverture de la fonction, un jour de plus lui est accordé par chaque distance de vingt milles au-dessus de quatre cents. Le tuteur ou curateur qui croit avoir plusieurs excuses n'est tenu de les présenter ni conjointement ni dans un ordre déterminé. En principe, on ne se fait point excuser pour partie (*Inst.* I, p. 16-17, t. XXV).

Quant au détail des diverses excuses, il n'offre qu'un intérêt des plus médiocres; un simple classement suffit aux besoins de la théorie. 1° Dans leur cause finale, les unes sont favorables au tuteur ou curateur, les autres à l'incapable; ces dernières s'expliquent tantôt par l'impuissance matérielle du tuteur ou curateur, tantôt par une juste frayeur de son intérêt personnel ou de sa passion haineuse. 2° Dans leurs effets positifs, les unes sont *tàm à susceptâ quàm à suscipiendâ tutelâ vel curâ*, c'est-à-dire dispensent également de continuer ou de commencer une tutelle ou curatelle; les autres sont à *suscipiendâ tantùm*, c'est-à-dire ne dispensent que d'entrer en charge, et ne déchargent pas l'administrateur en exercice. 3° Dans leur durée, les unes sont perpétuelles et nécessitent la nomination d'un nouveau tuteur pour le pupille; les autres sont temporaires et n'amènent que la désignation d'un curateur, sauf un tuteur *ad hoc* dans les cas d'*auctoritas*. 4° Enfin, considérées au point de vue du magistrat qui les juge, les unes exigent une appréciation, comme la maladie et la pauvreté, susceptibles de plus ou de moins; les autres ne requièrent qu'une vérification de fait, comme le *jus liberorum* et la qualité de fonctionnaire (*Inst.*, t. XXV, *hic*).

Une dernière distinction, établie par quelques auteurs entre l'*excusatio necessaria* et l'*excusatio voluntaria*, confond les excuses avec les incapacités; dans le langage romain, toute excuse est *voluntaria*.

Une excuse spéciale à la curatelle concerne l'ex-tuteur, qu'on ne peut forcer, même par testament, à devenir le curateur de son ancien pupille (*Inst.*, p. 18, *eod.*).

131. III. **Causes d'exclusion ou destitution.** — Les causes d'exclusion et de destitution sont uniquement fondées sur l'intérêt de l'incapable, et s'adressent au tuteur ou curateur dont la loi se défie. Elles résident dans les mêmes faits; seulement l'exclusion se

prononce avant l'entrée en fonctions, tandis que la destitution frappe le tuteur ou curateur en cours d'exercice. Par exception à cette communauté de règles, Justinien exclut de la tutelle le créancier ou le débiteur du pupille, tandis que la survenance de l'une de ces qualités pendant la charge donne lieu, non pas à la destitution du tuteur, mais à la nomination d'un curateur (*Nov.* 72, C. 1-2).

Une seule et même voie est ouverte pour obtenir l'exclusion ou la destitution du tuteur ou curateur; c'est le *crimen suspecti*, qui remonte aux Douze Tables, et dont connaissent à Rome le préteur, en province le président, ou leurs délégués (*Inst.* I, t. XXVI, pr., p 1, 2, 3; f. 1, p. 4, *Dig.* 26-10).

Cette accusation s'intente contre le *suspectus*, tuteur ou curateur dont la gestion atteste la fraude, ou tout au moins une négligence assez grossière pour ressembler à la fraude; il n'importe que le vice apparaisse *in committendo vel in omittendo*. La fortune du *suspectus*, ou l'offre qu'il peut faire d'une caution solvable, n'empêche pas la poursuite. Les tuteurs de diverses espèces, tout au moins dans le dernier état du droit, sont passibles du *crimen* sans distinction (*Inst.* I, t. XXVI, p. 2, 9, 12; f. 7, p. 1, *Dig.* 26-10).

Le *suspecti crimen* est une *actio quasi publica*, c'est-à-dire ouverte à tout le monde. Les femmes elles-mêmes, ordinairement hors d'état de poursuivre un crime dont elles ne souffrent pas, sont admises à cette accusation, pourvu qu'elles s'inspirent d'une affection honorable, *pietatis necessitudine*. En sens inverse le pupille, habituellement maître de poursuivre les crimes qui le touchent, ne peut pas agir par cette voie contre son tuteur; mais l'*adolescens* a le droit d'accuser son curateur, sur l'avis d'une sorte de conseil de famille, *ex consilio necessariorum*. Pour les cotuteurs, le *crimen suspecti* est un devoir. Si nul ne l'exerce, le magistrat statue d'office, du moins en présence de faits très-graves (*Inst.*, p. 3, 4, *eod.* f. 3, p. 4, *Dig.* 26-20).

A tous ces traits, de même qu'à son nom, on reconnaît que le *suspecti crimen* n'est pas une simple action pécuniaire, mais une véritable procédure criminelle. Il emporte tout d'abord interdiction absolue pour le tuteur ou curateur de faire aucun acte de gestion, même de recevoir un payement. Si l'accusation échoue, le tuteur ou curateur reprend l'administration; dans le cas contraire, le magistrat lui donne un successeur. En outre, il peut encourir l'infamie et des peines corporelles; l'infamie accom-

pagne la destitution *ob dolum*, si ce n'est à l'égard du patron ou de l'ascendant ; les peines corporelles s'attachent, en toute hypothèse de fraude, au tuteur qui est l'affranchi du père de son pupille, et pour des manquements exceptionnels à tout tuteur plébéien (*Inst.*, p. 2, 6, 7, 10, 11, *eod.*).

La fin de la tutelle ou de la curatelle, *ex utrâque parte*, empêche le *suspecti crimen* et même arrête toute poursuite commencée (p. 8, *eod.*).

CHAPITRE XIV

CAUSES D'EXTINCTION OU DE TRANSFORMATION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE.

(*Inst.* I, t. XVI.)

132. Telle est la personne réelle dans le droit des Romains, esclave ou libre, avec ou sans la cité, *alieni juris* ou *sui juris*, exempte ou grevée de la tutelle ou curatelle.

Cette personne réelle perd à la fois en mourant l'existence physique et l'existence juridique. Mais, en conservant la première, elle est souvent atteinte dans la seconde ; c'est l'effet de la *capitis deminutio*.

Caput est synonyme de *status* et désigne l'état des personnes. Or l'état des personnes a pour fondement indispensable la *libertas*, et peut comprendre, en outre, la *civitas* et la *familia*. L'esclave manque donc d'état ou de personnalité civile. Les pérégrins ont un état, puisqu'ils sont libres; les uns restent *sine civitate*, comme les affranchis déditices et les déportés ; les autres joignent à la liberté la *civitas* inférieure de leur patrie. Aux citoyens romains seuls appartient la personnalité complète et parfaite ; car ils en cumulent seuls les trois éléments constitutifs, *libertas*, *civitas*, *familia*.

Deminutio, *minutio* n'a pas uniquement le sens de diminution. *Minuere*, *deminuere* signifie couper, trancher, briser, soit dans la vieille langue littéraire, soit dans la langue juridique de Justinien lui-même. C'est dans cette acception qu'il faut prendre ici le mot (César, de *Bell. gall.*, VI, 23 ; C. 13, *Cod.* 3-34).

De là vient une claire définition de la *capitis deminutio :* c'est un retranchement total ou partiel de l'état d'une personne. En théorie,

ce retranchement constitue toujours une déchéance actuelle. Mais les résultats pratiques en sont variables ; car il amène tantôt un anéantissement, tantôt un amoindrissement, tantôt une simple transformation désavantageuse ou favorable de la personnalité juridique.

La *capitis deminutio* suppose donc la perte ou l'altération de la liberté, de la cité, de la famille. Elle n'a rien de commun avec la privation de l'exercice des droits civils, telle que l'interdiction du prodigue ; elle ne se confond pas davantage avec les peines variées qui diminuent l'*existimatio* ou considération sociale d'un individu, et même lui ôtent quelques droits sans toucher à son *caput* ou *status*, telle que l'infamie, l'exclusion du sénat, etc. Elle est impossible à l'égard de l'esclave (*Inst.* I, t. XVI, p. 4-5).

§ I.

Divers degrés de la capitis deminutio.

133. La *capitis deminutio* est, suivant les cas, *maxima*, *media* ou *minima*.

La *maxima capitis deminutio* résulte de la perte de la liberté ; la personnalité juridique y sombre tout entière, avec ses trois éléments. L'application au prisonnier de guerre en est assez rare ; car, s'il meurt chez l'ennemi, on le répute mort au dernier instant qui a précédé sa captivité ; et, s'il revient, la fiction inverse du *postliminium* efface rétroactivement son esclavage (f. 18, *Dig.* 49-15).

La *media capitis deminutio* résulte de la perte de la cité, *amissio vel mutatio civitatis ;* elle ne touche pas à la liberté. Les citoyens romains la subissent à la suite d'une condamnation pénale, comme l'interdiction de l'eau et du feu et la déportation, ou d'un fait volontaire, comme l'émigration dans une colonie latine, etc. : elle entraîne du même coup la ruine de leur *status familiæ*. Les pérégrins, doués d'une *civitas* spéciale, en sont atteints par l'effet de condamnations analogues aux précédentes, ou de leur élévation à la cité romaine ; il ne saurait s'y joindre pour eux la ruine d'un *status familiæ* qu'ils n'ont pas (*Gaïus*, I, 131 ; Pline, *Epist.* X, 8).

La *minima capitis deminutio* résulte de tout changement de famille que n'accompagne point la perte de la liberté ou de la cité ; c'est la seule qui réponde exactement à la définition des Institutes, *prioris status commutatio.* Mais, sans changement de famille, la simple

transformation d'une situation individuelle ne suffit pas à la produire. Par exemple, tandis que de *sui juris* on ne peut devenir *alieni juris* sans la subir, la métamorphose inverse ne l'amène pas toujours; on l'a vu pour les enfants de famille élevés à certaines dignités, ou que le père laisse maîtres d'eux-mêmes en perdant sa puissance par la mort ou toute autre cause. Sont, en définitive, frappés de *minima capitis deminutio* l'adrogé et les descendants qu'il amène *in potestatem adrogatoris*, les enfants de famille émancipés, mancipés, ou donnés en adoption, les *liberi naturales* légitimés, les femmes qui tombent *in manum matrimonii vel fiduciæ causa*

De ces trois degrés de *capitis deminutio*, les deux premiers seuls atteignent également les Romains et les pérégrins; le troisième reste propre aux Romains. En effet, si les pérégrins ont le *status libertatis* et parfois un certain *status civitatis*, les Romains seuls peuvent avoir le *status familiæ*.

§ II

Conséquences de la capitis deminutio.

134. La *capitis deminutio*, triple dans sa cause, est une dans ses conséquences. Si des résultats divers paraissent en découler, il n'y a là qu'une illusion dont il faut se défendre. Car la *capitis deminutio* n'est pas la perte de la liberté, ni la perte de la cité, ni la perte de la famille. Elle n'est que l'effet de ces événements, tantôt isolé, tantôt accompagné d'autres effets coïncidents.

La *capitis deminutio* n'exerce aucune influence délétère sur les droits politiques ou publics, *jus suffragii, jus honorum*. Si donc ils disparaissent lors d'une *deminutio maxima* ou *media*, c'est qu'elle provient de la destruction d'une qualité qu'ils nécessitent, la qualité de citoyen romain; mais ce n'est pas elle qui les éteint.

Dans la sphère du *jus privatum*, les conséquences propres de la *capitis deminutio* tiennent à l'idée qu'elle modifie la personnalité juridique. Dès lors elle anéantit les droits de création légale et laisse subsister ceux qui consistent *in facto potius quam in jure*, c'est-à-dire dérivent d'une relation naturelle ou correspondent à des faits.

Droit classique. — Ainsi, dans le droit classique, disparaissent par la *capitis deminutio* : 1° l'agnation et la *gentilitas*, du même coup

la puissance paternelle et la tutelle, actives ou passives, et les successions à titre d'agnats ; 2° les droits attachés à la personne elle-même, comme les *jura patronatus* en général, l'usufruit et l'usage, la créance d'un associé dans une société ; 3° le testament du *capite minutus* et le *judicium legitimum* qu'il aurait intenté ; 4° ses dettes, hormis celles qui sont nées de son délit, et sous la réserve de remèdes prétoriens que nous examinerons.

Au contraire, subsistent malgré la *capitis deminutio* : 1° la cognation, quand elle ne résultait pas seulement de l'agnation dissoute, comme dans l'adoption ; mais les droits de succession attachés à la qualité de cognat sont nécessairement éteints dans le cas de *maxima* ou *media deminutio*, parce qu'il faut être citoyen pour hériter ; 2° les obligations naturelles et celles qui n'engendrent qu'une action *in factum* ; 3° la dette de restitution de la dot. Quant au mariage du *capite minutus*, il se dissout par la chute en esclavage ou se transforme en *matrimonium injustum* par la perte de la cité.

Droit de Justinien. — Justinien ne touche point aux cas de *maxima* et de *media deminutio* ; seulement la servitude *pœnæ* ne dissout plus le mariage. Mais la *minima capitis deminutio* n'a qu'une existence nominale dans le droit de Justinien. La perte de l'agnation, qui en était le plus sérieux effet, devient impossible du jour où la Novelle 118, en 543, a supprimé la famille civile. La *gentilitas* et le *judicium legitimum* ont dès longtemps disparu. Quant à l'anéantissement de l'usufruit, de la société, du testament, des dettes, on verra sur chacune de ces matières que l'empereur ne l'admit plus. Le seul point qui reste douteux, c'est l'extinction des *jura patronatus* (*suprà*, n° 23).

DEUXIÈME PARTIE

DES CHOSES, OU DES DROITS COMPRIS DANS LE PATRIMOINE.

(*Inst.* II, III, IV ; t. I à V.)

La théorie des personnes, c'est l'étude de leur état et capacité, en d'autres termes, de leurs droits intrinsèques et pécuniairement inappréciables. La théorie des choses, c'est l'étude des personnes considérées dans leurs rapports juridiques avec les objets animés ou inanimés, en d'autres termes, de leurs droits extrinsèques et appréciables en argent. Cette seconde catégorie de droits forme le patrimoine. Par conséquent, les personnes, précédemment décrites au point de vue de la nationalité et de la famille, vont désormais nous apparaître dans leur situation de patrimoine.

CHAPITRE I

DÉFINITIONS ET DIVISIONS DES CHOSES.

(*Inst.* II, t. I.)

135. Les droits sont établis en faveur des personnes et portent sur les choses; ils ont les premières pour sujets et les secondes pour objets.

Les jurisconsultes n'ont pas à définir les choses en elles-mêmes, dans leur substance ou dans leurs propriétés ; ce vaste champ de recherches est le domaine disputé des sciences métaphysiques et naturelles. Notre œuvre, c'est d'envisager les choses dans leurs relations avec l'homme, destinées qu'elles sont à satisfaire ses besoins ou ses plaisirs, et, par conséquent, à devenir l'assiette de ses droits naturels et sociaux.

Aussi, dans le langage juridique et dans le sens technique, à Rome et partout, au temps antique et de nos jours, doit-on en-

tendre par *chose*, *res*, tout ce qui est susceptible de faire l'objet d'un droit. Cette notion première comprend deux éléments : 1° il n'y a de chose que ce qui est extérieur à la personne, soit une matière animée ou inanimée, soit un fait, action ou abstention déterminée ; 2° encore faut-il qu'à cette matière ou qu'à ce fait puisse s'appliquer un droit ; par exemple, si l'esclave est une chose, on n'en dira pas autant de l'homme libre ; car il est le sujet désigné de tous les droits, et n'en saurait être l'objet.

Mais ce même terme de *chose*, *res*, a revêtu des sens irréguliers. Il désigne souvent : 1° tout ce qui existe en réalité, susceptible ou non de supporter un droit, par exemple, l'air, la lumière, les astres, etc. ; 2° non-seulement la matière plus ou moins perceptible à nos sens, mais aussi les conceptions de notre intelligence, de simples abstractions, notamment les droits eux-mêmes établis sur quoi que ce soit.

136. C'est à ces divers points de vue que la loi romaine indique plusieurs *divisiones rerum*. En définitive, elles relèvent toutes d'une idée fondamentale ; on n'étudie les choses et leurs divisions que pour arriver à la détermination des droits qui peuvent les frapper. La logique nous impose donc une méthode nouvelle. Pour connaître les personnes, nous avons dû les ranger et les examiner par catégories ; car chaque classe avait sa condition. Mais les choses se prêtent ou se refusent toutes aux mêmes droits en général, et, puisque le jurisconsulte se borne à les considérer sous l'aspect de leur utilité juridique, sa tâche est vite tracée. Aux divisions des choses suffit un rapide exposé préliminaire, et toute l'attention doit se consacrer ensuite aux droits qui s'y rattachent.

Or, si les *divisiones rerum* sont assez nombreuses, on peut néanmoins les ramener à deux principales, l'une tirée de la nature même des choses, l'autre de leurs rapports avec les personnes. Pour suivre de près l'ordre de Gaïus et de Justinien, il est bon de commencer par cette dernière.

SECTION PREMIÈRE

DIVISION TIRÉE DU RAPPORT DES CHOSES AVEC LES PERSONNES.

Les choses sont *extrà commercium vel in commercio*, *extrà patrimonium vel in patrimonio* ; dans le langage de Justinien et de la plupart des interprètes, ces deux locutions sont synonymes. Une

chose est dans le commerce, lorsqu'elle est susceptible de faire l'objet d'un droit, propriété, possession, créance, etc.; dans le cas contraire, lorsqu'elle répugne à toute appropriation privée, elle est hors du commerce. Le *commercium* ainsi entendu diffère profondément de l'antique *jus commercii* déjà signalé plus d'une fois, et qui est la faculté de figurer dans une mancipation ou tout autre acte *juris civilis*.

En principe et suivant leur destination naturelle, toutes les choses sont dans le commerce; déblayons donc le terrain et signalons d'abord les exceptions.

§ I

Des choses hors du commerce.

Les *res extrà commercium vel extrà patrimonium* se partagent en quatre catégories; ce sont : les *res communes;* 2° certaines *res publicæ;* 3° certaines *res universitatis;* 4° les *res nullius* ou *divini juris* (*Inst*. II, t. I, pr.).

137. **Res communes.** — On appelle *res communes* les choses dont la propriété n'est à personne, et dont l'usage est à tous, d'après le vœu de la nature. Sans parler des astres, qui se dérobent aux classifications juridiques, on relève quatre choses communes, l'air, l'eau courante, la mer et son rivage (*Inst.*, p. 1, 3, 5, *ibid.*).

L'*air*, considéré dans son ensemble et comme masse flottante, ne saurait faire l'objet d'un droit exclusif pour un individu ni pour un peuple; il échappe à toute appropriation privée.

L'*eau* suit la même règle; fixe ou dormante, elle peut bien appartenir au maître du sol qui la soutient; mais, courante, elle est et doit rester à la disposition de tous. Aussi les Romains ne qualifient-ils de commune que l'*aqua profluens*.

La *mer* est inappropriable, comme eau courante et comme eau dormante; de son caractère de *res communis*, on conclut que le droit d'y naviguer et d'y pêcher profite à tout le monde (f. 2, p. 9, *Dig*. 43-8).

Le *rivage de la mer*, c'est la portion de côte que couvrent les plus hautes marées, *est littus maris, quatenùs hibernus fluctus excurrit;* cette définition célèbre est attribuée par un jurisconsulte à Cicéron, qui en reporte l'honneur à son ami Aquilius Gallus. Puisque le rivage est commun, on a le droit d'y sécher ses filets et d'y établir des cabanes. On devrait même avoir le droit d'y élever

des constructions; mais les Romains ont reculé devant cette logique excessive. Ils subordonnent le droit de bâtir sur le rivage à l'autorisation préalable du magistrat, qui devra sauvegarder l'intérêt de la navigation ou de l'abordage, et les situations antérieurement acquises. Le constructeur non autorisé serait passible d'un *interdictum* de la part de toute personne intéressée, rarement contraint à la démolition par le magistrat, mais soumis à des dommages-intérêts, ou même à une redevance annuelle. Du reste, la construction appartient au constructeur avec le sol qui la supporte; mais cette portion de rivage redevient commune dès l'instant de la démolition, par une extension curieuse du *jus postliminii* Cicéron, *Topic.*, 7; f. 2, p. 8, 17, *Dig.*, 43-8; f. 6, *Dig.*, 1-8).

138. **Res publicæ.** — Les *res publicæ* ont l'État pour maître et sont de deux espèces. Le peuple, en sa qualité de personne morale, est propriétaire des unes comme le serait un particulier; tels sont les biens immeubles ou meubles compris dans une succession vacante, et les terres conquises sur l'ennemi; il y trouve une source de revenus et peut les aliéner, d'où résulte que ce sont des *res in commercio*. D'autres propriétés du peuple, au contraire, sont affectées à l'usage public, et cette destination les enlève à toute appropriation particulière. Les premières s'appellent *res patrimonii*, *patrimonium populi vel fisci*, et chez nous le domaine privé de l'Etat; les secondes forment les *res publicæ* proprement dites et se nomment aujourd'hui le domaine public de l'Etat. Celles-ci rentrent seules dans notre division des *res extrà commercium.*

Les choses du domaine public tiennent ce caractère de leur nature qui en fait une nécessité, ou de la volonté de l'homme manifestée par une loi, par un acte du magistrat ou par l'usage. Cette différence est sensible, notamment entre les fleuves et les routes.

Les fleuves, *flumina*, sont publics par opposition aux ruisseaux, *rivi*, qui appartiennent aux riverains; la distinction entre eux est toute de fait. Même parmi les fleuves, n'est pas public le cours d'eau intermittent, le torrent, *hyeme fluens*, mais seulement le cours d'eau qui ne tarit jamais, *flumen perenne.* Le droit romain, contrairement à notre législation moderne, n'a donc pas cherché le signe du domaine public dans la navigabilité ou la flottabilité. D'ailleurs l'eau du fleuve est commune, en sa qualité d'*aqua profluens;* le lit du fleuve, *alveus*, est tantôt la propriété des riverains, tantôt dépourvu de maître, comme on le verra bientôt; en consé-

quence, le fleuve n'est *res publica* que dans sa forme vivante et dans son individualité complexe. Il découle de là que tout le monde peut y pêcher et y naviguer. Quant à ses rives, déterminées par son volume normal, le sol en appartient aux riverains avec les arbres qu'il produit; mais l'usage en est public dans l'intérêt de la navigation pour y passer, y décharger les bateaux, les amarrer aux arbres, etc.; c'est une sorte de servitude légale (*Inst.*, p. 2, 4, *ibid.*).

Les routes publiques sont : 1° les *viæ militares* ou *publicæ*, routes impériales, consulaires ou prétoriennes, construites aux frais du Trésor public, qui conduisent soit à des voies pareilles, soit à la mer, soit à des fleuves, soit à des villes ; 2° les *viæ vicinales*, généralement construites au moyen de corvées ou journées de prestation, qui existent dans les campagnes ou conduisent aux villages; 3° les *viæ agrariæ*, construites aux frais des particuliers, lorsqu'elles aboutissent à une route du premier ordre (f. 2, p. 22-23, *Dig.*, 43-8; C. I, *Cod.* 11-64).

Les *res publicæ* peuvent donc se définir, en les opposant à la *res communis*, les choses dont la propriété appartient à l'Etat, et dont l'usage est à tous. Ce caractère avait pour sanction une *actio injuriarum* et des *interdicta* généraux ou spéciaux au profit des particuliers, et, s'ils n'agissaient point, un certain pouvoir discrétionnaire des magistrats, qui pouvaient imposer aux contrevenants la destruction de tout ouvrage établi sur un endroit public, ou le payement d'une redevance (*Dig.*, 43-8).

139. **Res universitatis.** — On appelle *universitas* un être collectif, c'est-à-dire une personne morale qui se forme de la réunion de plusieurs personnes physiques. Il n'est pas libre à tous de se constituer ainsi en corporation, *corpus habere;* les Romains ont toujours exigé l'intervention d'un acte législatif pour donner existence à ces fictions. Les *universitates* sont nombreuses; en laissant de côté la première et la plus vaste d'entre elles, qui est le peuple romain ou l'Etat, on peut citer les diverses sociétés ou *collegia* de prêtres, de publicains, d'artisans, et principalement les cités, *civitates*, *municipia*. Les biens des cités appellent la même distinction que les biens de l'Etat, et sont du domaine public ou du domaine privé. Ainsi les esclaves que la cité recueille par voie de legs ou de donation, et toute autre chose qu'elle exploite comme ferait un particulier, restent dans le commerce ; mais sont *extra*

commercium les stades, les théâtres, les bains, en un mot tout ce qui se trouve affecté aux besoins généraux. Peut-être les autres corporations voyaient-elles leurs biens soumis à la même division, selon qu'ils étaient ou non destinés à l'usage collectif des membres (*Dig.*, 3-4 ; *Inst.*, p. 6, *hic*).

140. **Res nullius.** — L'expression de *res nullius* est employée dans plusieurs acceptions différentes. Tantôt elle désigne une chose non susceptible d'appropriation individuelle, et devient alors synonyme de *res extrà commercium*. Tantôt elle s'applique à des *res in commercio* qui n'ont pas de maître pour le moment, comme le gibier, une succession non encore acceptée, etc. Tantôt elle embrasse les *res divini juris*, par opposition aux *res humani juris;* c'est en ce sens qu'il faut la prendre avec Justinien (p. 7, *eod. t.*).

La division des choses en *res divini juris* et *res humani juris* fut anciennement la plus importante de toutes, au temps où les pontifes avaient sur les premières un droit de surveillance et de juridiction qui ne leur appartenait pas sur les secondes.

Dans le droit des Institutes, elle n'est plus qu'incidente aux *res nullius*. Or les *res nullius* ou *divini juris* se partagent en trois catégories, *res sacræ*, *res religiosæ* et par assimilation les *res sanctæ*.

141. *Res sacræ.* — Les *res sacræ* sont pour le paganisme les choses consacrées aux dieux d'en haut, *diis superis;* ce caractère auguste leur est imprimé par une *consecratio* ou *dedicatio* qui émane des pontifes, et qu'ils ne peuvent communiquer aux immeubles sans une autorisation législative. Depuis le triomphe du christianisme, les *res sacræ* sont les choses consacrées à Dieu par les évêques ; Justinien n'exige plus aucune permission préalable de l'autorité (*Gaius*, II, 4, 5; *Inst.*, p. 8, *eod. t.*, *Nov.* 67, c. I; *Nov.* 131, c. 7).

Au point de vue civil, les *res sacræ* sont hors du commerce et ne sauraient donc faire l'objet d'aucun droit réel ni personnel. Par une dérogation spéciale aux meubles, Justinien en permet l'aliénation dans certains cas limités, notamment pour racheter des captifs. Au point de vue pénal, la violation d'une *res sacra* constitue le crime de sacrilége, diversement puni suivant le fait et la personne (f. 1, 3, 4, 6, 9, *Dig.*, 48-13 ; *Inst.*, p. 8, *hic*).

Les *res sacræ* demeurent telles à perpétuité; la ruine d'un temple ne rendra pas le sol profane. Deux causes peuvent seules effacer l'empreinte de la consécration. C'est d'abord l'*exauguratio*, cérémonie inverse de la *dedicatio*. C'est ensuite l'occupation ennemie, qui

écarte les dieux nationaux d'un lieu désormais souillé ; mais l'effet de la conquête n'est que provisoire, et cesse avec l'invasion (f. 36, *Dig.*, 11-7).

141 *bis*. *Res religiosæ*. — Les *res religiosæ* sont les choses consacrées aux dieux d'en bas, *diis inferis*, c'est-à-dire aux dieux mânes; c'étaient les âmes des morts. Le christianisme, en proscrivant ces divinités comme les autres, conserva le respect si naturel des tombeaux. Dans toute la durée du droit romain, on ne désigne donc par ce nom que les sépultures (*Gaius*, II, 4 ; *Inst.*, p. 9, *eod. t.*).

Tandis qu'il faut l'intervention sacerdotale pour faire des *res sacræ*, la volonté d'un simple particulier peut faire des *res religiosæ*. Ce résultat dépend néanmoins de conditions précises : 1° le terrain doit être légalement propre à recevoir une inhumation ; or la loi des Douze Tables pour l'intérieur de Rome, une décision d'Adrien pour le territoire de toutes les villes, défendaient sous des peines sévères de souiller la cité et son culte en y enterrant un mort, *ne funestaret sacra :* 2° l'inhumation doit ne violer aucun droit réel de propriété, copropriété, usufruit, gage, etc. ; la personne lésée peut à son choix solliciter, soit du prince, soit des pontifes, l'autorisation d'enlever le cadavre, ou réclamer la réparation du préjudice par une action prétorienne *in factum;* 3° l'inhumation doit être réelle, c'est-à-dire consister dans le dépôt matériel des restes humains, corps ou cendres ; un cénotaphe, *tumulus inanis*, n'est donc pas religieux ; 4° l'inhumation doit être faite à perpétuité, dans la vue de donner aux dépouilles du défunt une demeure fixe.

Du reste, le caractère religieux de la sépulture disparaît, soit provisoirement par l'occupation ennemie, soit définitivement par l'enlèvement des restes, en vertu d'une permission du magistrat ou du prince (*Paul*, I, t. XXI, p. 2 ; *Dig.*, 11-7 ; *Cod.*, 3-44).

Au point de vue civil, les *res religiosæ* sont hors du commerce, et non susceptibles d'une aliénation, d'une revendication ou d'un partage. Cependant elles font l'objet, contrairement aux *res sacræ*, d'un véritable droit privé qui a le nom de *jus sepulcri;* par exemple, ce droit est transmissible aux héritiers, quand il s'agit d'un *sepulcrum hereditarium*, à tous les membres de la famille quand il s'agit d'un *sepulcrum familiare*. Des textes contradictoires le déclarent même, les uns prescriptible, les autres imprescriptible.

Au point de vue pénal, la violation des *res religiosæ* ne constitue

pas le crime de sacrilége, et ne donne lieu qu'à une *actio popularis de sepulcro violato;* il en résulte une peine pécuniaire et l'infamie (f. 4, *Dig.*, 11-8; C. 6, *Cod.* 3-44; *Dig.*, 47-12).

141 *ter*. *Res sanctæ*. — Les *res sanctæ* n'appartiennent au droit divin que par assimilation. Ce ne sont pas, quoi qu'en dise Justinien, celles que la menace d'une sanction garantit contre les entreprises des hommes; à ce compte, seraient *res sanctæ* les ambassadeurs, les tribuns du peuple, la vie humaine, la réputation des citoyens, les choses sacrées ou religieuses, etc. Les Institutes livrent la clef du problème, en donnant pour exemples de *res sanctæ* les remparts et les portes des villes. Car aux époques antiques, surtout dans l'Italie, la fondation des villes était accompagnée de solennités pieuses, qui avaient pour objet d'en déterminer l'enceinte. Les dieux de la cité venaient alors y fixer leur séjour, et l'on renouvelait annuellement des cérémonies analogues pour les retenir; à Rome, cette tradition plus ou moins fabuleuse expliquait la fête célèbre des murs, *amburbalia*. Rien d'étonnant alors si les portes et les remparts des villes, marqués du reflet des anciens rites, n'ont pu sembler profanes. On s'élève sans peine de ces remarques à la définition; les *res sanctæ* sont les choses consacrées par un acte religieux, mais dont nulle attribution spéciale n'a été faite à une divinité précise; elles diffèrent par ce dernier trait des *res sacræ vel religiosæ*.

142. Toutes ces *res nullius*, *sacræ*, *religiosæ*, *sanctæ*, appellent une remarque intéressante. Chez nous, dans notre loi moderne, les objets consacrés au culte appartiennent à l'être qui a opéré l'affectation, État, commune ou fabrique; comment comprendre qu'en droit romain ils n'appartiennent à personne, et qu'un temple, un tombeau, surtout les murs et les portes des villes, n'aient pas de maîtres reconnus? Peut-être faut-il accepter l'explication suivante. Aux yeux des Romains, la propriété était la puissance absolue; elle emportait le droit de consommer et détruire, *abusus*. Cette conception ne parut pas applicable aux choses *divini juris;* entrées dans le domaine de la divinité, elles étaient entièrement étrangères au domaine de l'homme. Pour un peuple essentiellement religieux, il y avait dans cette théorie un sûr moyen de mettre à l'abri de toute injure le culte et ses divers instruments ou symboles.

§ II

Des choses dans le commerce.

143. La plus arbitraire et la plus artificielle des classifications des choses les partage en *res mancipi* et *res nec mancipi*. Ce n'est là qu'une subdivision des *res in commercio*, fort ancienne dans la législation romaine, et que reconnaissaient déjà les Douze Tables.

Res mancipi et nec mancipi. — Les *res mancipi* sont : 1° les fonds italiques, urbains et ruraux ; 2° les servitudes rurales sur les fonds italiques ; 3° les esclaves ; 4° les bêtes de trait ou de somme, *animalia quæ collo dorsove domantur*, c'est-à-dire les bœufs, chevaux, ânes et mulets Les esclaves et les bêtes de somme ou de trait sont *res mancipi* partout, en province comme en Italie ; on peut seulement induire de quelques textes que ce caractère ne leur appartient pas dans les rapports des Romains avec les pérégrins, ni des pérégrins entre eux. Toutes autres choses sont *res nec mancipi* (*Gaius*, II, 15-17 ; *Ulpien*, I, 16 ; XIX, I ; *Fragm. Vat.*, 47).

Différences entre elles. — Les intérêts pratiques de cette distinction se résument dans le principe que les *res mancipi* reçoivent une protection plus forte de la loi, et que l'aliénation en est soumise à des formes plus rigoureuses. Trois décisions le démontrent : 1° les *res mancipi* ne sont pas aliénables par la voie de la tradition ; 2° les *res nec mancipi* ne sont pas aliénables par la voie de la mancipation ; 3° la femme pubère en tutelle a besoin de l'*auctoritas tutoris* pour aliéner les *res mancipi*. En conséquence et pour les définir, les *res mancipi* sont les choses insusceptibles de tradition, mais susceptibles de tous les autres modes d'acquérir, y compris la mancipation. A l'inverse, les *res nec mancipi* sont les choses insusceptibles de mancipation, mais susceptibles de tous les autres modes d'acquérir, y compris la tradition.

Les *res mancipi* semblaient donc plus précieuses que les autres, et Gaius les qualifie encore de *pretiosiores*. C'est que les premiers Romains, laboureurs autant que guerriers, avaient voulu réunir dans cette classe privilégiée les choses les plus utiles à l'agriculture ; de là vient qu'on y fit rentrer les servitudes rurales, non les servitudes urbaines. Mais à l'impossibilité d'aliéner les *res mancipi* par le mode facile de la tradition s'attachaient de sérieux inconvénients, qui seront compris plus tard. Aussi, tout en conservant

l'antique distinction, se refusa-t-on à la développer ; lorsque l'Afrique et l'Asie conquises envoyèrent aux Romains de nouvelles bêtes de somme ou de trait, comme les éléphants et les chameaux, ils se gardèrent bien de les ajouter à la liste des *res mancipi* (Gaius, I, 192).

Dans le Bas-Empire, on voit tomber en désuétude cette classification jusqu'alors importante, et Justinien l'abolit expressément (C. I, *Cod.* 7-31).

§ III

Remarques générales.

144. Les *res extrà commercium* touchent de plus près au droit public, les *res in commercio* de plus près au droit privé. C'est donc spécialement de ces dernières que nous aurons à traiter ; par opposition au terme générique de *res*, elles prennent souvent le nom moins vaste de *bona*, ou *pecunia* (f. 5, 39, 208, 222, *Dig.*, 50-16).

Les *res extrà commercium* tombent dans le commerce, dès qu'elles ne sont plus affectées à l'usage public. En revanche, il arrive parfois que les *res in commercio* sortent du commerce, soit pour un temps et dans certaines limites, comme les fonds dotaux, soit à l'égard de personnes déterminées, comme les fonds provinciaux que ne peuvent acquérir les fonctionnaires ou militaires de la province, et les biens que ne peut acquérir le tiers chargé de les administrer en qualité de mandataire, tuteur, curateur, etc. (f. 34, p. 7 ; f. 62, *Dig.*, 18-1).

SECTION DEUXIÈME

DIVISION TIRÉE DE LA NATURE DES CHOSES.

145. *Choses corporelles et incorporelles.* — Les choses de création naturelle ou juridique sont *corporelles* ou *incorporelles* (*Inst.*, II, t. 2).

Les choses corporelles sont les corps qui affectent extérieurement nos sens, *quæ tangi possunt ;* on range l'esclave dans cette catégorie.

Les choses incorporelles sont les abstractions saisissables uniquement à l'intelligence, *quæ tangi non possunt.* Le domaine en paraît infini, puisqu'il n'y a pas de bornes à notre imagination ; mais cette manière de les concevoir est purement philosophique. Pour les jurisconsultes, dont chaque distinction doit répondre à

quelque utilité réelle, les choses incorporelles ne sont ni les notions exclusivement théoriques comme le temps et l'espace, ni même les droits inappréciables en argent comme la puissance paternelle, la tutelle, le mariage, mais seulement les droits appréciables en argent. A ce point de vue s'expliquent aisément les énumérations romaines des *res incorporales* (*Gaius*, II, 12-14 ; *Ulpien*, XIX, II ; *Inst.* II, t. II, p. 1-3).

Ici prend naissance un problème depuis longtemps résolu. La propriété, droit susceptible d'une évaluation pécuniaire, et le plus important de tous, n'est pas comprise parmi les choses incorporelles. C'est là le résultat d'une habitude invétérée de langage. La propriété s'incorpore et s'identifie avec son objet ; l'un et l'autre sont inséparables, au point qu'on les confond en disant *ma terre*, *ma maison*, *mon cheval ;* ces locutions ne laissent aucun doute sur le droit indiqué, bien qu'elles n'en contiennent pas le nom. Au contraire, s'agit-il de tout autre droit, servitude, hypothèque, créancier ; il ne sera connu qu'une fois nommé ; on dira *ma servitude sur tel fonds*, *mon hypothèque sur telle chose*, *ma créance sur tel débiteur*.

Dès lors, notre division revient à confondre le premier de tous les droits avec ce qui en est frappé ; on oppose la propriété, sous l'apparence et la désignation de chose corporelle, à tous les autres droits qualifiés de choses incorporelles. L'intérêt pratique de cette conception, évidemment fausse en théorie, c'est qu'il ne peut s'agir de propriété, ni, par conséquent, de possession, à propos des *res incorporales* (f. 3, *Dig.* 41-2 ; f. 4, p. 27, *Dig.*, 41-3).

146. *Immeubles et meubles.* — Les choses corporelles se partagent en *immeubles* et *meubles*. Cette subdivision va même jusqu'à renfermer quelquefois certains droits réels, qu'on traite de mobiliers ou d'immobiliers suivant la nature de leur objet ; mais elle est loin d'avoir chez les Romains la portée générale que notre legislation lui a donnée, et n'embrasse notamment ni les créances ni les hérédités. On en sentira l'importance à propos de la possession, de l'occupation, de la mancipation, de l'usucapion, du gage, de la dot, du vol, etc.

Les immeubles, *prædia*, *fundus*, *res soli*, reçoivent diverses distinctions. Il y a : 1° les *prædia rustica* et les *prædia urbana ;* 2° les *fonds italiques* et les *fonds provinciaux ;* 3° les *immeubles par nature*, qui consistent dans le sol, ou *par incorporation*, soit organique pour les arbres, soit artificielle pour les maisons, ou *par destination*

du propriétaire pour les serrures, clefs, animaux, esclaves attachés au domaine, etc. (f. 17, *Dig.*, 19-1).

Les meubles sont animés, *res se moventes*, ou inanimés, *res mobiles*.

A ces divisions et subdivisions, presque toutes fécondes en conséquences, viendront par endroits s'en joindre d'autres moins tranchées ; ainsi les choses peuvent être, d'après le point de vue, *fongibles* ou non, *consumptibles* ou non, *divisibles* ou *indivisibles*, *simples* ou *composées*, *principales* ou *accessoires*, etc.

CHAPITRE II

DÉFINITIONS ET DIVISIONS DES DROITS.

147. On n'étudie les choses que pour arriver à la détermination des droits qui les peuvent frapper. En conséquence, nous laisserons désormais de côté les *res extra commercium*, et notre examen ne s'attachera plus qu'aux rapports des personnes avec les *res in commercio*.

Un droit, *jus*, dans le sens subjectif du mot, c'est la prétention, reconnue et garantie par le pouvoir social, d'un sujet capable sur une personne ou sur une chose qui dépend à quelques égards de sa volonté.

Seraient compris dans cette définition les droits pécuniairement inappréciables, qui s'exercent dans la sphère de la famille, *potestas dominica vel patria*, *manus*, *mancipium*, *tutela*, *cura ;* mais elle s'applique surtout aux droits qui comptent dans les biens, aux droits de patrimoine.

Trois conditions sont nécessaires à l'existence d'un droit : 1° un sujet qui en soit capable ; 2° un objet qui en soit susceptible ; 3° un fait légal d'acquisition.

148. *Droits réels et droits de créance.* — La principale division des droits se tire de leur nature intrinsèque : 1° car il en est qui établissent un rapport immédiat et direct entre le sujet et l'objet ; cette subordination de la chose à la personne est complète dans la propriété, plus ou moins partielle dans les servitudes ; mais elle a fait donner à ces droits le nom, qui leur est commun, de droits réels, *jura in re ;* 2° il en est d'autres qui appartiennent à une personne, non plus directement sur une chose, mais sur une autre personne obligée envers la précédente, soit à

donner, soit à faire, soit en termes généraux à rendre un service quelconque, à réaliser une prestation. On les a souvent appelés droits personnels ou *jura ad rem*. Malheureusement, de ces deux expressions, la première est amphibologique, parce qu'on l'applique également aux droits réels intransmissibles; la seconde est étrangère aux Romains et trop étroite ; mieux vaut donc les qualifier de droits de créance ou d'obligations. On peut ramener à quatre les différences fondamentales entre les droits réels et les droits de créance :

Différences. — 1° Le droit réel est un rapport à deux termes, sujet actif et objet. Le droit de créance est un rapport à trois termes, sujet actif ou créancier, sujet passif ou débiteur, et l'objet dû.

2° Le droit réel suppose un objet individuellement déterminé. Le droit de créance peut avoir un objet indéterminé dans certaines limites, comme on le verra sur les obligations.

3° Le droit réel est absolu, le droit de créance est relatif. D'après l'explication habituelle, ces deux caractères signifieraient que le droit réel est opposable à tous, par conséquent exposé aux atteintes de tous, et muni d'une action contre le premier venu qui le viole ; à l'inverse, le droit de créance, opposable au seul débiteur, n'est exposé qu'à ses atteintes et ne donne pas d'action contre d'autres que lui. Pour sentir l'inexactitude de ce langage, il suffit de considérer, au point de vue négatif, qu'un droit quelconque s'impose logiquement au respect de tout le monde ; le titulaire d'une créance, aussi bien que d'une propriété ou d'une servitude, est donc armé contre quiconque sort de l'abstention et le gêne dans l'exercice de son droit. Le vrai sens de notre règle apparaît mieux au point de vue positif. Si le droit réel est qualifié d'absolu, c'est que le titulaire peut en poursuivre l'exercice sur la chose même qui en est frappée, en d'autres termes, contre tout possesseur ou détenteur de cette chose. Si le droit de créance est qualifié de relatif, c'est que le titulaire ou créancier ne le peut exercer qu'envers la personne obligée, en d'autres termes, contre le débiteur. De là résulte une supériorité du droit réel sur le droit de créance ; c'est que le premier, tant qu'il dure, produit une action efficace ; au contraire, le second devient souvent illusoire par l'insolvabilité du débiteur. Des droits réels sans dettes sont une fortune, tandis qu'on peut être pauvre avec un actif net uniquement formé de droits de créances.

4° Dans le conflit entre plusieurs droits réels sur un même objet, le plus ancien prime le plus récent. Au contraire, si plusieurs créanciers viennent en concours sur un même débiteur impuissant à les payer tous intégralement, aucun d'eux, en général, ne jouit d'une préférence.

149. *Définitions.* — Par ces remarques, on arrive aux définitions. Le droit réel est le droit qui porte sans intermédiaire sur une chose individuellement déterminée, et dont l'exercice positif peut se poursuivre contre quiconque la détient. Le droit de créance est le droit qui tend à la chose par l'intermédiaire d'une personne obligée, et dont l'exercice positif ne peut se poursuivre qu'envers le débiteur. L'un et l'autre, d'ailleurs, exigent de tous un respect purement passif.

Les droits réels et les droits de créance sont *immobiliers* ou *mobiliers* par leur objet. Également susceptibles d'une appréciation pécuniaire, ils forment à ce titre les éléments du patrimoine. Le *patrimoine*, c'est l'ensemble des droits pécuniaires d'une personne, tant réels que de créance, tant actifs que passifs ; il comprend en certains cas plus de passif que d'actif, ou seulement du passif.

On voit que l'étude des choses où des droits revient à l'étude du patrimoine, laquelle embrasse trois parties : 1° droits réels dans leurs natures, espèces, acquisitions, aliénations, extinctions ; 2° droits de créance, considérés sous les mêmes aspects ; 3° transmissions du patrimoine en bloc, spécialement par la voie des successions testamentaires ou légitimes. Les Institutes, ainsi que notre Code civil à leur suite, ont eu le tort d'intercaler la troisième de ces parties entre les deux premières (1).

PREMIÈRE DIVISION

DROITS RÉELS.

150. Les droits réels sont civils ou prétoriens. Les *droits réels civils*, c'est-à-dire organisés ou consacrés par la loi, sont la propriété

(1) Les étudiants de première année, dont l'examen comprend les droits réels et les testaments, trouveront l'explication de cette dernière matière à la suite des obligations.

et les servitudes. Les *droits réels prétoriens*, c'est-à-dire organisés ou consacrés par la jurisprudence du préteur, sont la superficie, l'emphytéose et l'hypothèque. Les Institutes traitent ici de la première classe, et ne s'occupent de la seconde qu'incidemment aux théories du louage et des actions. Cette marche sera la nôtre, parce qu'elle réunit des matières logiquement inséparables.

Parmi les droits réels civils, de beaucoup les plus anciens et les plus importants, il faut mettre en relief la propriété, qui sert de type à tous les autres. Une fois étudiée dans ses divers détails, elle nous aura singulièrement facilité l'exposé des servitudes.

CHAPITRE III

ANALYSE DE LA PROPRIÉTÉ.

Dans un langage incorrect et vague, on applique parfois la notion de propriété à tous les éléments du patrimoine, et l'on se dit propriétaire d'une servitude, d'une créance, d'un droit quelconque. Mais au sens juridique et technique, la propriété se spécialise, et n'est autre que le droit absolu et exclusif sur une chose corporelle. Elle s'appelait à Rome *dominium*, plus rarement *proprietas* (f. 13, *Dig.*, 41-1).

§ Ier

Effets et caractères généraux de la propriété.

131. **Effets.** — Les avantages de la propriété constituent la *plena potestas in re*. On les a depuis longtemps ramenés à trois :

1° *Jus utendi*, *usus ;* c'est le droit de se servir de la chose, par exemple, d'habiter dans sa maison ou de monter sur son cheval ;

2° *Jus fruendi*, *fructus ;* c'est le droit de percevoir tous les produits de la chose, soit réels, comme les moissons, les arbres, le lait ; soit assimilés, comme les loyers d'un immeuble ou les intérêts d'une somme ;

3° *Jus abutendi*, *abusus ;* c'est le droit de disposer de la chose. Le mot *abusus*, qui s'arrête dans notre langue à la signification d'usage immodéré, désigne plus largement en latin tout usage désormais irrenouvelable pour le propriétaire. A la différence de l'*usus* et du *fructus*, susceptibles de se répéter indéfiniment, l'*abusus* consiste dans la faculté de transformer, de dégrader, de dé-

truire ou d'aliéner la chose. Ulpien nous dit de certaines matières dont on ne peut jouir sans les consommer, *in abusu continentur* (*Ulpien*, XXIV, 27).

152. **Caractères généraux.** — Dans cette plénitude d'effets, la propriété nous apparaît empreinte de trois caractères :

1° *Elle est absolue*. Pour qui l'envisage dans son origine philosophique, la propriété n'est que le résultat d'énergies de l'homme supérieures à ses besoins ; elle affirme et prolonge la personne humaine. De là, pour le propriétaire, ces hautes et puissantes prérogatives, telles que le droit à la transmission entre-vifs ou *mortis causa*, et la faculté de léser indirectement, dans sa libre jouissance, les intérêts ou les convenances d'autrui, par exemple en exhaussant sa maison de manière à supprimer la vue du voisin (f. 9, *Dig.*, 8-2).

Mais la propriété souffre néanmoins des restrictions fondées sur l'intérêt social, en échange de la protection qu'elle reçoit de la société. Telles sont : 1° certaines servitudes légales, comme la servitude d'enclave et la nécessité de conserver des distances réglées entre les constructions ou plantations et le fonds limitrophe ; 2° l'expropriation pour cause de travaux publics, tempérée d'habitude par une indemnité qui n'est peut-être pas absolument obligatoire en droit romain (f. 14, *Dig.*, 8-2 ; f. 14, p. 1, *Dig.*, 8-6 ; — C. 50, 53, *Code Th.*, 15-1).

2° *Elle est exclusive*. — Parler de propriété, c'est éloigner immédiatement l'idée de communauté, si bien qu'on appelle communes les choses non susceptibles d'appropriation individuelle. Il n'en résulte pas que tous les avantages constitutifs de la propriété se trouvent forcément concentrés dans la même main ; ils peuvent se séparer et appartenir par fragments à plusieurs. Ce fait se produit dans le cas d'indivision, et lorsque la chose est grevée de droits réels, servitudes, hypothèques, etc. Mais de telles situations sont presque toujours l'œuvre du propriétaire ou de ses prédécesseurs ; c'est donc en s'exerçant que la propriété s'est le plus souvent diminuée. Le *jus abutendi* reste alors établi sur une tête, et les autres utilités du droit en sont démembrées ; néanmoins les divers titulaires, pris en masse, gardent le monopole de la chose à l'exclusion de tout étranger.

3° *Elle est perpétuelle*. — En effet, tandis que les droits de créance et quelques droits réels sont nécessairement appelés à s'éteindre après un certain temps ou par certains faits, la propriété subsiste

régulièrement de main en main, aussi longtemps que la chose elle-même. Les Romains avaient déduit de là deux conséquences originales : 1° la perte de la propriété ne peut résulter de la volonté seule du propriétaire ; il y faut, de plus, un fait extérieur d'*alienatio* ou de *derelictio;* 2° on ne peut transférer la propriété à temps, c'est-à-dire sous la clause qu'elle fera retour de plein droit à l'aliénateur par l'expiration d'un délai ou par l'accomplissement d'une condition ; cette aliénation est nulle en principe. Nous verrons triompher, à la fin du droit romain, la doctrine contraire qui est entrée dans nos lois modernes.

§ II

Division historique de la propriété.

153. Les premiers Romains ne reconnurent et n'organisèrent qu'une seule espèce de propriété, le domaine quiritaire, *dominium ex jure Quiritium* (*Gaïus*, II, 40).

Plus tard, le préteur, dans un mouvement de réaction contre les principes trop étroits du droit civil, vint placer à côté du domaine quiritaire une propriété moins complète et moins énergique. De la personne ainsi protégée par le préteur, on dit qu'elle a la chose, non *in dominio*, mais *in bonis;* les commentateurs ont tiré de cette locution le nom barbare de *dominus bonitarius*, qu'on oppose au *dominus ex jure Quiritium*. Si l'on réfléchissait que l'un ne va jamais sans l'autre, on arriverait à conclure que la propriété est restée unique, et que l'*habere in bonis* en est le démembrement le plus important ; c'était peut-être l'idée des grands jurisconsultes. Mais la théorie plus commode des deux domaines a prévalu.

La pratique, toujours hostile aux subtilités, ne pouvait approuver indéfiniment cette étrange scission. Justinien rétablit la simplicité du droit primitif en abolissant la propriété bonitaire (C. l. *Cod.*, 7-25).

§ III

Acquisition de la propriété.

154. Dans la loi romaine, l'acquisition de la propriété suppose trois éléments, dont la rigueur est d'ailleurs adoucie au temps de Justinien.

1° *Il faut une chose susceptible de faire l'objet du droit de propriété.* — Les *res corporales in commercio* remplissent cette condition ; restent seules en dehors les *res extrà commercium vel incorporales*. Anciennement les fonds provinciaux se trouvaient dans le même cas, parce que l'État romain en était réputé propriétaire; mais Justinien n'eut pas la peine d'abroger cette règle disparue longtemps avant son règne.

2° *Il faut une personne capable d'acquérir la propriété.* — Dans la période classique, étaient incapables pour eux-mêmes les esclaves et les enfants de famille, puisque leurs actes profitaient en thèse générale au *paterfamilias*. Parmi les non citoyens, le Latin pouvait arriver à la propriété par les modes de droit civil ou de droit des gens, et le pérégrin par les modes de droit des gens seulement; car le premier avait le *jus commercii* qui manquait au second. A l'époque de Justinien, toutes ces distinctions sont effacées; il n'y a plus d'autre incapacité que celle des esclaves. Mais il demeure bien entendu que les barbares ne participent en aucun temps aux lois de Rome, et que Rome n'a jamais pu leur reconnaître un droit véritable.

3° *Il faut un acte d'acquisition légalement consacré.* — Ici commence la théorie célèbre des modes d'acquérir, c'est-à-dire des faits juridiques qui rendent propriétaire. Plusieurs divisions en sont possibles; les principales offrent seules de l'intérêt à cet endroit.

134. *Divisions des modes d'acquérir.* — Les modes d'acquérir sont *per universitatem*, à titre universel, ou *rerum singularum*, à titre particulier. Les premiers n'ont rien de spécial à la propriété ; aussi la vraie place en est-elle ailleurs, dans la troisième partie de l'étude des choses; car ils procurent l'acquisition de l'ensemble ou d'une quote-part du patrimoine d'une personne vivante ou morte, droits réels et droits de créance, actif et passif, hormis ce qui est intransmissible de sa nature ou par la loi. Les seconds ne procurent que l'acquisition d'une ou de plusieurs choses individuellement déterminées, avec les droits réels qui s'y attachent ; mais l'acquéreur est étranger aux créances et dettes de l'auteur. C'est uniquement des modes d'acquérir à titre particulier qu'il s'agit dans notre examen de la propriété. Ils sont au nombre de sept dans la jurisprudence classique, *occupatio*, *traditio*, *usucapio*, *adjudicatio*, *lex*, *mancipatio*, *in jure cessio*; Justinien supprime les deux derniers (*Ulpien*, XIX, II).

Les modes d'acquérir ainsi compris se subdivisent en *mode originaire* et *modes dérivés*. Le seul mode originaire est l'occupation; car elle ne porte que sur les choses qui n'appartiennent à personne, et, par conséquent, implique acquisition sans aliénation; aussi donne-t-elle nécessairement la propriété franche et quitte de toute charge ou droit réel. Les six autres modes sont dérivés, parce qu'ils portent sur les choses déjà pourvues d'un maître, et qu'ils impliquent transmission, c'est-à-dire aliénation et acquisition tout ensemble ; aussi ne donnent-ils pas toujours une propriété vierge de charges ou droits réels. L'occupation est antérieure à tous les autres modes; la logique proclame, en effet, que le déplacement d'un droit en présuppose l'existence. La source historique de la propriété fut sans doute le succès du premier homme qui eut la force ou l'adresse de s'attribuer un lot exclusif dans les richesses jusqu'alors communes de la nature.

Les modes d'acquérir sont enfin de *droit des gens* ou de *droit civil*. Ce n'est pas qu'ils ne procurent tous également la propriété romaine ou domaine quiritaire; mais les premiers tirent leur nom de leur usage accessible à tout le monde sans distinction, tandis que l'emploi des seconds se restreint aux personnes douées du *jus commercii*, comme les citoyens et les Latins. Les modes du droit des gens sont l'occupation et la tradition; les cinq autres appartiennent au droit civil. Cette subdivision perdit sa haute importance au IIIe siècle de notre ère, lorsque la célèbre Constitution de Caracalla gratifia de la cité tous les sujets de l'Empire, si ce n'est les barbares. Cependant, à l'exemple des jurisconsultes classiques, Justinien la conserve encore et s'y attache principalement (*Ulpien*, XIX, 4; *Gaïus*, II, 65-66; *Just.* II, t. I, p. 11).

Les deux modes du droit des gens, et l'usucapion, qui est le plus intéressant des modes du droit civil, ont pour commun fondement la possession. Il est donc nécessaire d'en examiner d'abord la théorie, souvent décisive dans l'étude de la propriété.

CHAPITRE IV

ANALYSE DE LA POSSESSION.

La possession est en fait ce qu'est en droit la propriété; le fait de possession correspond au droit de propriété. Dans un sens large,

posséder une chose, c'est l'avoir physiquement à sa disposition (d'après l'étymologie probable, *posse*).

§ 1

Nature et objet de la possession.

155. Le fait d'avoir physiquement une chose à sa disposition est en lui-même plus ou moins complexe.

Tantôt il n'est pas accompagné d'une prétention positive sur la chose, d'une volonté nette de la traiter comme sienne. Tel est le cas du dépositaire, du locataire, du commodataire, de l'usufruitier, et généralement de toute personne dont le titre implique reconnaissance du titre supérieur d'autrui. Cette situation ne constitue qu'une possession incomplète, juridiquement qualifiée de simple *détention ;* elle n'assure au détenteur que l'avantage négatif de garder la chose, tant que nul ne justifie du droit de la reprendre.

Tantôt le fait matériel de la détention, *corpus*, est accompagné d'une volonté nette de traiter la chose comme sienne, *animus domini, animus rem sibi habendi.* Ces deux éléments juxtaposés constituent la véritable *possession.* Elle fait présumer la coexistence du droit de propriété, dont elle est l'exercice; mais une preuve flagrante qu'elle peut s'en trouver séparée, c'est que le voleur est incontestablement investi de cètte possession. Elle a le double effet de maintenir le possesseur dans le rôle de défendeur à tout procès sur la chose, et de lui ouvrir, pour la conserver ou la reprendre en cas de trouble, des actions possessoires d'origine prétorienne, qui s'appellent *interdicta.*

Enfin il peut arriver que la possession soit apte à se transformer tôt ou tard en propriété; ce changement suppose la réunion de conditions précises qu'il faudra définir.

On est donc amené facilement à distinguer, avec la plupart des modernes, trois espèces de possessions ou trois degrés dans la possession : 1° la *possessio naturalis* ou *corporalis ;* 2° la *possessio justa vel ad interdicta ;* 3° la *possessio civilis vel ad usucapionem.* Mais deux remarques sont indispensables. En premier lieu, la terminologie romaine manque de précision, et les distinctions précédentes, si claires et si nettes en elles-mêmes, résultent de l'esprit des textes plutôt que de la lettre. En second lieu, la possession est une au fond; car la *possessio naturalis* ou *detentio* n'est pas la possession,

et la *possessio civilis* n'est que la possession accompagnée de circonstances qui lui demeurent étrangères. La *justa possessio*, composée du *corpus* et de l'*animus*, reste donc le type de ce qu'on entend par ce mot, et c'est d'elle seule qu'il est ici question.

156. La possession n'est qu'un état de fait dans son origine, puisqu'elle s'acquiert en dehors de toute cause légale, et peut même se fonder sur un délit. Mais, si l'on considère qu'elle a par elle-même des conséquences juridiques, on dira sans erreur qu'elle est traitée comme un droit. C'est à ce point de vue que la loi détermine les manières de l'acquérir ou de la perdre, et les choses qui en sont susceptibles.

Comme tous les droits s'exercent par des faits, il aurait fallu admettre *à priori* une possession correspondante à chacun d'eux; ainsi les Romains eux-mêmes reconnaissaient ce que nous appelons la possession d'état, et le Digeste parle d'une *possessio libertatis* ou *libertinitatis*. Mais ce n'est là qu'un hasard de langage. En droit romain, la possession *sensu stricto* ne correspond qu'à la propriété; n'est susceptible d'avoir un possesseur que l'objet susceptible d'avoir un propriétaire. En conséquence, la possession n'existe pas : 1° sur les *res extrà commercium;* par exemple, la détention d'une chose publique ou sacrée ne procure aucun des avantages de la *justa possessio;* 2° sur les *res incorporales,* telles que les hérédités, les créances (f. 3; f. 30, p. 1, *Dig.*, 41-2).

Cependant on verra plus loin que le préteur, dès le premier siècle de notre ère, sentit le besoin d'étendre une *quasi possessio* aux servitudes tant réelles que personnelles.

§ II

Acquisition de la possession.

157. Dire que la possession se compose d'un élément physique et d'un élément moral, *corpus et animus domini*, c'est dire que la réunion de ces deux éléments est suffisante et nécessaire pour lui donner naissance. De là cette règle qu'elle s'acquiert *corpore et animo* (f. 3, p. 1, *Dig.*, 41-2).

Corpus. — Le *corpus*, c'est le pouvoir matériel de disposer de la chose et d'y appliquer des actes de maître. Il ne suppose ni le contact ni la vue; ainsi l'acheteur de marchandises, une fois nanti de la clef du grenier où les a renfermées le vendeur, les possède

aussi bien que s'il les avait en main ou les tenait déposées sous son toit. En revanche, je ne suis possesseur ni du gibier de mon bois, ni des poissons de mon étang, ni des matériaux constitutifs de ma maison bâtie, parce que je ne les ai pas à ma libre disposition (*Inst.* I, t. I, p. 45 ; ff. 3, p. 14 ; f. 18, p. 2 ; f. 30, *Dig.* 41-2).

Animus. — L'*animus*, c'est la volonté nette de traiter la chose comme sienne ; aussi l'appelle-t-on *animus domini* ou *rem sibi habendi*. Dès qu'il existe, on n'a pas à rechercher si la possession qu'il détermine peut ou non conduire à la propriété ; l'acheteur qui a reçu tradition de la *res vendita*, et le voleur qui emporte le fruit de son larcin, sont l'un et l'autre possesseurs, parce qu'ils ont cet *animus*. Seulement il va de soi que la possession entachée de violence ou de clandestinité dans son origine n'est pas opposable à la victime du délit ; on la qualifie de vicieuse à son égard, et les *interdicta* ne protégeraient le possesseur qu'envers tout autre tiers (*Gaius*, IV, 151).

Si l'*animus* ne coexistait pas dès le début avec le *corpus*, il ne suffit pas d'un acte de volonté pour l'y joindre. En d'autres termes, quand le simple détenteur, tel qu'un locataire, un dépositaire, un usufruitier, insurgé de bonne ou de mauvaise foi contre son titre, manifeste l'intention de se comporter désormais en maître, sa détention ne se transforme pas en possession et reste ce qu'elle était. C'est l'adage célèbre : *Nemo potest sibi causam possessionis mutare*. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que le propriétaire ou même un tiers consentît au détenteur une vente ou quelque autre titre non précaire (f. 19, p. 1, *Dig.* 41-2 ; f. 33, p. 1, *Dig.* 41-3).

La nécessité de l'*animus* produit deux conséquences : 1° on ne possède que ce qu'on a conscience de posséder ; ainsi le possesseur d'un fonds ne l'est pas du trésor qui s'y trouve caché à son insu ; 2° les personnes incapables de volonté ne sauraient par elles-mêmes acquérir une possession. Cette doctrine, débattue pour les personnes morales, fut toujours appliquée au fou, et longtemps au pupille *infans ;* mais on finit par admettre le dernier à l'acquisition de la possession *tutore auctore*, ce qui déroge aux règles de l'*animus* et viole le principe que l'*auctoritas* n'est pas reçue durant l'*infantia* (f. 1, p. 22 ; f. 3, p. 3 ; f. 32, p. 2, *Dig.* 41-2 ; f. 7, p. 3, *Dig.* 10-4).

Dans les matières du gage et du précaire, la théorie de l'*animus* reçoit une extension discutable, comme on le verra plus tard.

158. **Application de ces principes à la représentation.** — La

combinaison du *corpus* et de l'*animus* entraîne un effet remarquable. Les Romains abandonnent ici le droit commun de la représentation par autrui; ils admettent qu'un représentant quelconque peut nous acquérir la possession. Leur maxime est qu'on devient possesseur *corpore alieno, sed non animo alieno* (*Paul*, V, t. II, p. 1).

On devient possesseur *corpore alieno;* en d'autres termes, si, par mon ordre ou seulement à ma connaissance, quelqu'un agissant pour mon compte appréhende physiquement une chose, je suis censé l'appréhender moi-même, et ma possession existe.

On ne devient pas possesseur *animo alieno;* en d'autres termes, si, sans mon ordre ou seulement à mon insu, quelqu'un agissant pour mon compte appréhende physiquement une chose, je ne la possède pas ; car il me manque l'*animus*, et la possesion n'existera qu'après l'adhésion de ma volonté à ce fait matériel. Comme cette logique rigoureuse était gênante dans la pratique, on y dérogea : 1° pour le mandat conventionnel ou légal; la possession est acquise, indépendamment de toute connaissance de l'appréhension physique, au mandant par le mandataire qui exécute sa mission, aux cités par leurs administrateurs, aux incapables en tutelle ou curatelle, par le tuteur ou curateur; 2° pour le pécule; les personnes placées en notre puissance nous acquièrent la possession, même à notre insu, de ce qu'elles appréhendent *ex causâ peculiari*, c'est-à-dire dans l'exercice de l'administration du pécule que nous leur avons confié. La raison théorique de cette double dérogation n'est pas dans l'idée, trop souvent alléguée, que le mandat ou la constitution du pécule aurait suffisamment indiqué une volonté générale de posséder, et joint par avance l'*animus* du représenté au *corpus* acquis par le représentant; car ce raisonnement serait inapplicable aux cités, aux *infantes*, aux pères fous ou captifs, etc. Le vrai motif de nos décisions exceptionnelles, c'est que le représenté emprunte, par une fiction légale, l'*animus* de l'agent qui appréhende ; on ne pouvait exiger que son attention fût toujours en éveil sur chacun des actes de son représentant (f. 3, p. 12; f. 44, p. 1, *Dig.* 41-2; *Inst.* II, t. IX, p. 5).

§ III

Perte de la possession.

159. La possession une fois acquise se continue par la coexis-

tence des deux éléments qui la forment, entendus moins rigoureusement qu'à son début. Ainsi, pour le *corpus*, la fiction du *postliminium* pourrait s'appliquer au maintien par les esclaves du captif d'une possession qu'il aurait commencée avant sa captivité; mais il ne posséderait qu'à partir de son retour les choses appréhendées en son absence par ses esclaves, pour des causes étrangères au pécule. De même, l'*animus domini* est censé subsister, tant qu'un *animus* contraire ne le remplace pas ; le *furiosus* et l'*infans* conservent donc la possession qu'ils ne sauraient acquérir par eux-mêmes (f. 27, *Dig*. 41-2 ; f. 12, p. 2, *Dig*. 49-15).

Mais la possession disparaît avec l'un ou l'autre de ses éléments constitutifs, à plus forte raison avec tous les deux.

1° La perte du *corpus* et de l'*animus* produit cet effet incontestable, entre autres exemples, dans le cas de *derelictio* et de *traditio ex justâ causâ* (*infrà*, n°s 164, 169).

2° L'abdication de l'*animus* ne désinvestit que le possesseur capable de rendre sa condition pire ; ainsi le pupille, même sorti de l'*infantia*, manifesterait inutilement *sinè auctoritate tutoris* l'intention de ne posséder plus. En outre, un simple oubli, quelle qu'en soit la durée, n'entraîne jamais par lui-même renonciation à l'*animus* (f. 29, *Dig*. 41-2).

3° La suppression du *corpus* est destructive de la possession. Par exemple, le possesseur tombe aux mains de l'ennemi, sans laisser de détenteur pour son compte ; ou bien il se voit enlever la disposition de la chose par un cas fortuit, comme la chute du meuble dans la mer ou l'inondation définitive de l'immeuble, etc.

160. ***Règles spéciales.*** — La pratique exigea l'application de règles spéciales aux esclaves et aux immeubles.

L'esclave détenu pour le compte du *dominus*, et délaissé par le détenteur, reste dans la possession de son maître, tant qu'il conserve l'esprit de retour; le lien de sa volonté persiste alors et supplée au *corpus* matériellement anéanti (f. 47, *Dig*. 41-2).

L'immeuble, délaissé par le fermier ou tout autre détenteur, n'en reste pas moins dans la possession du bailleur ou possesseur. A plus forte raison, si le possesseur ou détenteur vient à s'absenter, mais dans le dessein de revenir, la possession n'est pas perdue. Dans le premier cas, le seul fait d'une occupation étrangère, même à l'insu du possesseur, lui enlève la possession. Dans le second cas, il faut de plus qu'instruit de l'occupation étrangère, il

n'ait pas essayé de l'expulser, ou qu'il ait échoué dans son effort; il est alors dépossédé, et n'a plus d'autre ressource que d'agir au pétitoire (f. 3, p. 11; f. 25, p. 1 ; f. 40, p. 1, *Dig.* 41-2; *Inst.* IV, t. XV, p. 5).

CHAPITRE V

OCCUPATION.

L'occupation est la prise de possession *animo domini* d'un objet sans maître et dans le commerce; elle fait donc acquérir les choses qui n'ont pas actuellement de propriétaire, quoique susceptibles d'en avoir un.

161. **Objets sans maître.** — On ne peut énumérer tous les cas d'occupation; il faut seulement décrire à grands traits les principaux.

1° L'occupation s'applique le plus souvent aux animaux sauvages, c'est-à-dire non domestiques, par le moyen de la chasse ou de la pêche. Deux grands principes suffisent à la théorie.

Tout d'abord, l'animal sauvage n'est acquis, vivant ou mort, qu'au moment où l'on en a la disposition certaine. — Le gibier blessé n'entre donc que par l'appréhension dans la propriété du chasseur. Il n'y a pas à rechercher d'ailleurs si la capture a eu lieu sur le terrain du chasseur ou d'autrui; car les animaux sauvages ne sont pas un produit du fond. Mais le propriétaire, libre d'interdire l'accès de sa propriété, serait armé contre le contrevenant d'une action d'injures, et pourrait en cas de dommage, même sans prohibitions préalables, obtenir indemnité par l'*actio legis Aquiliæ* (*Inst.*, p. 12, 13, *hic*).

En second lieu, l'animal sauvage échappe à l'appropriation par le recouvrement définitif de sa liberté naturelle. — On exige une délivrance définitive; si donc il est de ceux qui vont et viennent, comme les pigeons, les paons, les abeilles, il demeure la propriété de son maître aussi longtemps qu'il a l'esprit de retour, c'est-à-dire l'habitude de regagner son gîte accoutumé. Il faut, de plus, que l'animal ait recouvré sa liberté naturelle, par une fuite spontanée, ou par le fait d'un tiers, passible pour cet acte d'une action *de dolo* ou *in factum*. Si l'animal était, au contraire, emmené par quelqu'un, le maître en perdrait bien la possession, mais non la propriété, et

l'action *furti* prendrait naissance en même temps que la revendication. A ces deux conditions, l'animal sauvage redevient une chose sans maître, et, par une sorte de *postliminium*, sont effacés rétroactivement tous les effets de la propriété qu'il a subie, droits d'usufruit, de gage, ou d'hypothèque dont il était grevé. Ces résultats sont remarquables; car ils dérogent au principe que la propriété ne dépend pas de la possession, et s'appliquent sans distinction aux animaux pris comme à ceux de leurs petits qui n'ont jamais connu la liberté (*Inst.*, p. 12-16, *eod. t.*).

2° L'occupation fait également acquérir les perles, pierres précieuses, coquilles ou semblables objets qu'on trouve sur le bord de la mer, *quæ in littore inveniuntur*. Il en est de même des îles qui se forment dans son sein, phénomène rare, d'après la remarque de Gaïus et de Justinien, *quod rarò accidit;* ces îles ne sont pas des *res communes* à l'instar de la mer, parce qu'elles n'ont pas la même destination naturelle (*Inst.*, p. 18, 22, *eod. t.*).

162. **Butin.** — Il faut enfin rattacher à l'occupation une matière qui en paraît fort éloignée. On entend par butin ce qui est pris, soit aux barbares en temps de guerre ou de paix, soit aux nations reconnues qui ont fait ou reçu régulièrement une déclaration de guerre. L'occupation ne sort-elle pas ici de son cadre habituel et normal, en portant sur des choses qui ne sont pas sans maître? Le jurisconsulte Paul assimile le butin aux objets trouvés sur le rivage, et là se révèle la pensée des Romains; à leurs yeux, la propriété des barbares ou des ennemis ne compte pas et n'a point de valeur juridique; aussi donne-t-elle prise à l'occupation (f. 1, p. 1, *Dig.* 41-2).

Immeubles conquis. — Mais à quel propriétaire le butin est-il attribué? La question n'offre aucun doute pour les immeubles; ils sont acquis au peuple romain par droit de conquête. L'État abandonne ordinairement aux populations vaincues une portion du territoire conquis, réserve faite de sa propriété supérieure et théorique qui justifie l'impôt. Le reste peut recevoir en fait trois destinations différentes : 1° certaines terres, *agri quæstorii*, sont vendues aux enchères, pour le compte du Trésor, par les questeurs ou les *præfecti ærarii*, suivant l'époque; 2° d'autres terres, *agri assignati*, sont l'objet de concessions, tantôt gratuites, tantôt accompagnées de quelques charges, et dont profitent le plus souvent les vétérans; 3° l'excédant demeure dans le domaine public et forme l'*ager publicus*.

Comme on le pense bien, les droits des adjudicataires ou concessionnaires sur les deux premières catégories de terrains étaient déterminés au moyen d'une limitation ; on y procédait à l'origine par des cérémonies religieuses, plus tard par le simple arpentage; mais les *agri quæstorii* et les *agri assignati* durent à cette opération nécessaire le nom commun d'*agri limitati* (f. 20, p. 1, *Dig*. 49-15).

Butin mobilier. — Quant au butin mobilier, le problème est assez délicat. Il y a des textes qui paraissent consacrer sans restriction le droit du premier occupant. En sens contraire, la loi *Julia peculatûs* punit tout détournement de butin ; les magistrats vendaient *sub coronâ* les captifs devenus *servi publici*; les soldats, par un serment dont nous avons la teneur, s'engageaient lors de l'enrôlement à remettre au consul tout ce qu'ils auraient pris ou trouvé, si ce n'est les objets sans valeur; nous voyons enfin dans l'histoire les généraux, comme Scipion après le sac de Carthagène, distribuer une portion des richesses conquises, et réserver l'autre part à l'État. Peut-être faut-il, suivant une opinion très-plausible, distinguer entre l'occupation collective et l'occupation individuelle. La première est l'œuvre de troupes qui agissent régulièrement sous les ordres d'un chef, et l'État devient propriétaire de ce qu'elle procure; la seconde est l'œuvre de particuliers, soldats ou non, qui agissent spontanément, et le fruit leur en demeure exclusivement réservé.

Les effets de ces occupations restent d'ailleurs soumis au *postliminium ;* l'acquisition des choses capturées sur les Romains par l'ennemi, ou sur l'ennemi par les Romains, est rétroactivement effacée, dès qu'elles retournent à leur ancien maître (f. 19, pr. p. 5; f. 20, p. 1, *Dig*. 49-15).

CHAPITRE VI

TRADITION.

163. Tous les modes d'acquérir, autres que l'occupation, sont des modes dérivés, c'est-à-dire qu'ils impliquent à la fois aliénation et acquisition.

Ici doit se placer une remarque essentielle. Le législateur peut rattacher la transmission de la propriété à deux théories différentes. Ou bien le transfert a lieu par le seul effet de la volonté des parties ; ou bien il exige, outre cette volonté, quelque fait extérieur

qui la révèle juridiquement. Le premier système se rapproche davantage de la vérité spéculative, puisqu'il reconnaît et consacre le principe philosophique de la force des conventions ; il avait à peu près triomphé dans notre Code civil, où d'importantes mesures correctives sont venues depuis le tempérer. Le second système paraît préférable dans la pratique ; car, s'il est incontestable que le droit de propriété existe à l'égard de tous, on conçoit que le déplacement en doive être public et manifeste. C'est bien ce dernier point de vue que le bon sens utilitaire des Romains fit prévaloir à toute époque dans leur législation : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum transferuntur, non nudis pactis* (C. 20, *Cod.* 2-3).

Or les faits extérieurs qui produisent la transmission de la propriété en s'adjoignant au consentement, ce sont précisément les *modes d'acquerir dérivés*. La tradition en est le plus usuel.

Dans le sens large du mot, la tradition n'est que la remise volontaire de la possession. Elle est donc susceptible de trois degrés ; car elle peut transmettre, tantôt la simple détention, par exemple au locataire, tantôt la *justa possessio*, par exemple à l'acheteur ; quand elle est translative de *justa possessio*, elle peut mettre seulement à même d'acquérir la propriété par l'usucapion, ou la procurer immédiatement. C'est, étudiée sous ce dernier aspect, qu'elle fait partie des modes d'acquérir ; on la définit alors le transfert de la propriété par la possession.

§ I

Conditions.

164. La tradition, pour être translative de la propriété, requiert certaines conditions précises.

Pouvoir d'aliéner. — 1° Il faut que le *tradens* ait le pouvoir d'aliéner la *res tradita*. On veut dire par là qu'il doit avoir, en premier lieu, la propriété de la chose, en second lieu, la capacité de rendre sa condition pire, ce qui exclut l'impubère, le fou, le prodigue interdit, etc. (*Inst.* II, t. I, p. 43) (1).

Pouvoir d'acquérir. — 2° Il faut que l'*accipiens* ait le pouvoir d'acquérir. Deux éléments y concourent : tout d'abord il doit recevoir la tradition pour son propre compte, ou pour un tiers qui l'a chargé de lui procurer la possession, d'après les règles précédemment ex-

(1) Le pouvoir du *tradens* pour le compte d'autrui fera l'objet de remarques spéciales dans la théorie du mandat.

posées; de plus, il doit être investi de la capacité d'acquérir. Or elle fait absolument défaut à des personnes, telles que le pupille *infans* et le fou, et peut manquer à d'autres sur un objet déterminé, par exemple au gouverneur de province sur un *prædium provinciale*.

Justa causa. — 3° Il faut une *justa causa*, c'est-à-dire un accord manifeste du *tradens* et de l'*accipiens* sur la transmission de propriété.

Le plus souvent cette entente des deux volontés se révèle par un fait antérieur à la tradition, soit productif de l'obligation d'aliéner, comme un legs, une vente, soit dépourvu de toute force obligatoire, comme un échange, une donation. Au premier cas, la tradition exécute un acte juridique, au second cas, elle fait entrer dans le domaine du droit un acte indifférent. Mais ce fait antérieur à la tradition ne se confond pas avec l'entente des deux volontés ou *justa causa*, dont il n'est que le signe.

La preuve et les conséquences de cette doctrine apparaissent dans certaines décisions incontestables : 1° il peut arriver que ni l'une ni l'autre des deux parties n'ait l'intention d'aliéner ou d'acquérir, par exemple dans la tradition faite en vertu d'un louage ; alors la propriété ne se déplace point, puisqu'il n'y a pas de *justa causa;* 2° il peut arriver qu'une seule des parties veuille parvenir au transfert, tandis que l'autre n'a pas l'intention correspondante; par exemple, le *tradens* croit livrer en vertu d'un louage, et l'*accipiens* recevoir en vertu d'un prêt ou *mutuum ;* le *justa causa* n'existe pas, et nulle transmission de propriété ne se produit ; 3° il peut arriver qu'il y ait accord entre la volonté d'aliéner et la volonté d'acquérir. Dans ce dernier cas la tradition opère son effet translatif, abstraction faite de l'existence ou de la validité de l'acte juridique dont elle est le résultat ; ainsi, réalisée par erreur en vertu d'un legs ou d'une vente qui n'a pas eu lieu, ou d'une stipulation d'intérêts usuraires qui est également nulle, elle rend l'*accipiens* propriétaire, tout aussi bien qu'il le serait devenu à la suite d'une vente, d'un legs, d'une stipulation ou de tout autre fait réel et légitime (*Dig*. 12-6 ; 12-5).

Res corporalis et nec mancipi. — 4° Il faut que la chose soit corporelle et *nec mancipi;* car la possession ne se concevrait pas sur une *res incorporalis*, et nous savons que les *res mancipi* sont en droit pur hors de la portée de la tradition.

Corpus. — 5° Enfin il n'y a pas de tradition sans *corpus*, c'est-à-dire si l'*accipiens* n'a la chose à sa disposition physique. Les

anciens commentateurs distinguaient à ce point de vue plusieurs espèces de traditions, réelle, symbolique, de longue ou de brève main. C'étaient là des complications inutiles; ces diverses traditions aboutissaient toutes, en effet, au même résultat essentiel de constituer un possesseur par l'adjonction du *corpus* à l'*animus domini*.

De cette cinquième condition, il découle naturellement qu'on ne peut aliéner par tradition la chose dont on a la propriété sans la possession; le propriétaire doit alors suivre une voie indirecte et céder à l'acquéreur son action en revendication (f. 21, f. 63, *Dig*. 6-1).

§ II

Effets.

165. La tradition est le plus souple des modes d'acquérir, et les effets en sont directement subordonnés à la volonté des parties. Différente en ce point de l'*in jure cessio* et de la *mancipatio*, elle n'exclut pas l'apposition expresse des modalités suspensives, *dies à quo* ou *conditio ex quâ*. Quant aux modalités résolutoires, *dies ad quem* ou *conditio ad quam*, on sait que le droit classique les jugeait contraires à la nature de la propriété, et qu'elles emportaient, en conséquence, nullité de l'aliénation; mais du jour où l'on en a reconnu la validité, elles ont pu figurer dans la tradition dont elles ne choquent aucunement l'essence (f. 38, p. 1, *Dig*. 41-2).

Sur les res nec mancipi. — Appliquée aux *res nec mancipi*, la tradition est dans sa sphère propre, et confère le *dominium ex jure quiritium*, le vrai domaine quiritaire avec l'action en revendication. Il faut cependant détacher des *res nec mancipi* les fonds provinciaux, qui ne comportent qu'une propriété incomplète; mais le seul mode d'aliénation volontaire dont ils soient susceptibles, c'est toujours la tradition. Dans tous les cas, en sa qualité de mode dérivé, elle transmet à l'*accipiens* le droit tel que l'avait le *tradens*, c'est-à-dire sous la réserve des charges qui le grevaient entre ses mains; *nemo plus juris ad alium transferre potest, quàm ipse habet* (f. 20, p. 1, *Dig*. 41-1; *Ulpien*, XIX, 7).

166. *Sur une res mancipi*. — Doit-on conclure de là que la tradition d'une *res mancipi* corporelle demeure entièrement inefficace? L'erreur serait grande; car, si le pur droit civil ne met pas cette chose *in dominio accipientis*, nous savons que le préteur la lui donne *in bonis*. Or l'attribution de cette propriété bonitaire procure à

l'*accipiens* deux grands avantages : 1° il a seul la triple faculté d'user, de jouir et de disposer de la chose, c'est-à-dire toute son utilité réelle ; 2° l'usucapion est ouverte en sa faveur et pourra le conduire au *dominium ex jure quiritium*. En attendant, l'absence de cette propriété quiritaire entraîne trois décisions curieuses : 1° si l'*accipiens* est poursuivi en revendication par le *dominus ex jure quiritium*, le préteur le maintient en possession par la célèbre exception *rei* (*venditæ aut donatæ aut legatæ et*) *traditæ ;* 2° si l'*accipiens* perd la possession, la loi civile lui refuse la revendication, mais le préteur y supplée par l'action Publicienne ; 3° si l'*accipiens* veut aliéner, il ne peut employer d'autre mode que la tradition, et ne transmet que son propre droit.

De ces deux aspects de la situation rapprochés et combinés, il résulte que la propriété bonitaire n'est inférieure à la propriété quiritaire ni par la sécurité ni par la transmissibilité ; les moyens seuls offrent de la dissemblance. La supériorité pratique du *dominium ex jure quiritium* n'apparaît qu'en des points de détail : 1° le bonitaire ne peut léguer *per vindicationem ;* 2° il ne peut conférer par l'affranchissement à l'esclave que la *latinitas* ; 3° si l'affranchi est impubère, sa tutelle légitime appartient au maître quiritaire. Encore paraît-il bon de noter qu'en ces trois cas ce n'est pas le bonitaire qui souffre (*Gaius*, I, 167 ; II, 196 ; *Ulpien*, I, 16).

A l'époque de Justinien, toute différence est effacée entre les *res mancipi* et *nec mancipi*, entre les fonds italiques et provinciaux. Dès lors, les effets de la tradition sont toujours uniformes, et toujours identiques à ceux des autres modes d'acquérir.

§ III

Exceptions.

Deux hypothèses de tradition réclament des explications spéciales.

167. **Traditio rei venditæ.** — La tradition faite, avec toutes les conditions précitées, par un vendeur en exécution de la vente, ne transfère la propriété à l'acheteur que lors du paiement réel et intégral du prix.

La raison d'être de cette théorie est dans une sage interprétation de la volonté des parties. Si le vendeur a contracté l'obligation de transférer ses droits sur la chose vendue, c'est en vue du

prix ; on lui suppose donc naturellement, au cas de livraison immédiate, l'intention de rester propriétaire jusqu'au paiement ; il garde ainsi l'action en revendication, qui le soustrait aux risques de l'insolvabilité de l'acheteur. La tradition est régulièrement affectée de cette condition suspensive et tacite, puisqu'elle admet toute espèce de modalités.

Mais, comme notre règle n'est qu'une interprétation de la volonté des parties, elle fléchit devant une manifestation contraire. Or, ce résultat se produit en deux hypothèses : 1° le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, *secutus est fidem emptoris*, c'est-à-dire s'est contenté du crédit de l'acheteur et de l'action de créance du contrat ; cette intention se révèle, à défaut de clause expresse, par la concession d'un terme fixe ou indéterminé pour le paiement du prix ; 2° le vendeur s'est fait donner une satisfaction, c'est-à-dire une sûreté, réelle comme un gage, une hypothèque, ou personnelle comme une *fidejussio*, une *expromissio*, mais toujours spéciale et non inhérente à sa qualité de créancier. Ces deux circonstances équivalent au paiement du prix, et la tradition dont elles sont suivies rend l'acheteur propriétaire, à moins que le vendeur n'en ait encore détourné l'effet par un *pactum reservati dominii* ou toute autre clause analogue (C. 3, *Cod.* 4-54 ; — ff. 19, 53, *Dig.* 18-1).

168. Lorsque la tradition ne transfère pas la propriété à l'acheteur, lui procure-t-elle au moins la possession, ou n'est-il que détenteur ? Il semble impossible de lui contester l'*animus domini*, et conséquemment la qualité de possesseur. Mais le vendeur peut faire des réserves même sur la possession, et ne livrer la chose jusqu'au paiement qu'à titre de dépôt, de bail ou de précaire. Il échappe alors, en cas de besoin, aux difficultés de l'action en revendication, qui est remplacée par les actions plus faciles *depositi*, *locati* ou par l'interdit *de precario*.

169. **Traditio incertæ personæ.** — On appelle *traditio incertæ personæ* celle qui se fait au profit d'un *accipiens* que le *tradens* ne connaît pas individuellement, et dont il ne peut avoir aucune idée précise. Les Institutes en fournissent deux exemples.

Il en est un facile à comprendre : c'est l'hypothèse des *missilia* ou pièces de monnaie qu'on jette au milieu de la foule dans un moment de fête ou de largesse pour en gratifier le premier venu qui les ramassera (*Inst.* II, t. I, p. 46).

Le second cas prêtait à discussion. Il s'agit des *res derelictæ*, c'est-à-dire des choses abandonnées par leur propriétaire, qui abdique à la fois le *corpus* et l'*animus*. Cette *derelictio* constituait vraisemblablement une tradition dans la pensée de tous les jurisconsultes; car elle n'effaçait point les droits réels dont la *res derelicta* se trouvait grevée, et l'acquéreur n'était qu'un ayant-cause du *derelinquens*. Mais, pour la secte des Proculiens, ce dernier restait propriétaire jusqu'à l'investissement du tiers; pour la secte des Sabiniens, il perdait la propriété dès le moment de l'abandon. L'intérêt pratique le plus manifeste de la controverse, c'est que les Sabiniens ne pouvaient jamais voir un vol dans l'appréhension de la *res derelicta ;* il en devait être autrement des Proculiens, dans le cas où le tiers, en s'emparant de la chose, savait que le *derelinquens* avait repris l'*animus domini*. La doctrine plus subtile et moins logique des Sabiniens prévalut dès le IIIe siècle de notre ère, et fut consacrée par Justinien (*Inst.*, p. 47, *hic*).

Il va de soi qu'on ne saurait confondre les *res derelictæ* avec les choses perdues ou jetées sans abdication de l'*animus domini*, et qui ne changent pas de maître (p. 48, *hic*).

CHAPITRE VII

DIVERS AUTRES MODES D'ACQUÉRIR.

Tous les autres modes d'acquérir appartiennent au droit civil. Dans ce nombre, l'*adjudicatio* est exclusivement liée aux trois actions divisoires, *finium regundorum*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, et nécessite sur elles des explications dont la place est ailleurs.

§ I

Mancipatio, in jure cessio.

La mancipation et l'*in jure cessio* sont les deux modes d'acquérir essentiellement quiritaires.

Mancipatio — 170. La mancipation, qu'on a vu bien des fois s'appliquer aux enfants de famille et aux femmes *in manu*, avait pour sphère propre les *res mancipi*, immobilières ou mobilières ; elle ne

pouvait pas transférer la propriété des *res nec mancipi*. En elle-même, la mancipation n'est qu'une vente fictive et solennelle (1).

Huit personnes y figurent, cinq témoins citoyens, mâles et pubères, un *libripens* qui tient une balance de cuivre, enfin l'aliénateur ou *mancipans*, et l'acquéreur, *emptor* ou *accipiens*. Quant à la chose mancipée, la présence en était nécessaire dans les temps primitifs, et cette règle persista pour les meubles ; une seule mancipation n'en comprit jamais plus que l'acquéreur n'en pouvait toucher à la fois, d'où vient le nom de l'acte, *manu capere*. Mais les immeubles échappèrent à cette rigueur, et l'on eut le droit d'en embrasser plusieurs dans une même cérémonie. Dans cet état, l'acquéreur touche la chose, en prononçant une formule précise, des paroles sacramentelles, *certa verba*, qui affirment l'existence actuelle dans sa personne du droit qu'il veut acquérir : *hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aio, eaque mihi empta est hoc ære æneâque librâ* ; puis il frappe la balance d'un lingot de cuivre, qu'il remet à l'aliénateur en guise de prix. Peut-être y avait-il au début une réelle pesée du métal (Ulpien, XIX, 3 ; Gaius, I, 119, 121).

171. *In jure cessio.* — L'*in jure cessio* est l'un des plus larges parmi les modes d'acquérir, puisqu'elle peut également porter sur les *res mancipi* et les *res nec mancipi* ; mais l'application la plus usuelle s'en faisait aux servitudes personnelles ou prédiales urbaines, qui ne supportaient pas la mancipation en leur qualité de *res nec mancipi*, ni la tradition en leur qualité de *res incorporales*. Elle dérive de l'*addictio* dont elle n'est qu'une forme ; car on entend par *addictio* toute déclaration du magistrat constitutive d'un droit au profit d'une personne qui le demande.

En elle-même, la *cessio in jure* n'est qu'un procès fictif, un simulacre de l'ancienne revendication intentée dans les formes primitives de l'*actio sacramenti*. Elle suppose trois personnes en présence, l'acquéreur qui joue le rôle de demandeur, l'aliénateur qui joue le rôle de défendeur, et le magistrat qui donne à l'acte un caractère public. Sans aucun doute, elle exigea dans les commencements la présence de l'objet aliéné, et, par conséquent, s'il s'agissait d'un immeuble, le déplace-

(1) La mancipation est un des nombreux cas d'application de l'antique *nexum* ; car *nexum est quodcumque per æs et libram geritur* ; en d'autres termes, ce mot désigne toute solennité civile où interviennent la balance et l'airain (Festus, vº *Nexum*).

ment des parties ; mais du jour où l'on supprima dans la revendication réelle cette règle gênante, elle dut, à plus forte raison, disparaître dans la revendication fictive de l'*in jure cessio*. L'acquéreur met la main sur la chose et fait la *vindicatio*, c'est-à-dire la solennelle affirmation de son droit de propriété par la formule consacrée : *Hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aio*. Si le procès était sérieux, le défendeur protesterait par une *contra-vindicatio* ou formule pareille, et le magistrat renverrait les parties devant un *judex* chargé de statuer. Mais, en notre cas, sur la question du préteur qui lui demande s'il revendique à son tour, l'aliénateur *negat aut tacet;* de là sort la conclusion que le demandeur est propriétaire, et le magistrat prononce l'*addictio*, qui devient la vérité juridique. L'*in jure cessio* est donc une application manifeste de la maxime que l'aveu fait chose jugée : *Confessus pro judicato habetur*. Elle appartient à la juridiction gracieuse (*Gaïus*, II, 24).

172. *Règles communes.* — La mancipation et l'*in jure cessio* se ressemblent par divers côtés.

1° L'une et l'autre sont *juris civilis*, c'est-à-dire supposent la *civitas* ou, du moins, le *commercium* dans tous leurs acteurs.

2° L'une et l'autre ne peuvent émaner que d'un propriétaire nanti de la possession. Cette règle est indubitable pour les meubles, puisqu'ils doivent figurer dans la cérémonie; elle reste de toute probabilité pour les immeubles, même après le jour où la présence a cessé d'en être nécessaire. Mais la propriété se transfère dans tous les cas sans le concours de la tradition (*Gaïus*, II, 204 ; IV, 131).

3° Enfin la forme de la mancipation et de l'*in jure cessio* se prête indifféremment à des aliénations onéreuses ou gratuites ; seulement il s'y rattache des solutions certaines. Elle implique d'abord l'intervention directe des intéressés, que nul mandataire ne saurait suppléer ; car les paroles de l'acquéreur affirment l'existence du droit dans sa personne, et l'aliénateur doit en être investi lui-même pour y renoncer efficacement. De plus, les modalités suspensives ou résolutoires sont indistinctement proscrites de la mancipation et de l'*in jure cessio*, dont elles entraîneraient la nullité. Mais cette prohibition ne concerne pas le terme ni la condition tacites, c'est-à-dire simplement convenus entre les parties et non exprimés dans la formule immuable de l'acquéreur : *Expressa nocent, non expressa non nocent* (f. 77, *Dig.*, 50-17).

Ces deux modes d'acquérir, contemporains au moins des Douze

Tables, se maintinrent jusqu'à Justinien. La disparition des *res mancipi* et l'admission d'une quasi-tradition pour les *res incorporales* leur portèrent un coup définitif, et ce prince les supprima.

§ II

De la *lex*.

173. Dans un sens général, toute acquisition dérive de la loi, puisque c'est elle qui donne leur force juridique à tous les modes d'acquérir. Mais la propriété s'acquiert techniquement *lege*, dans toutes les hypothèses où la cause de l'acquisition, quoique reconnue par un acte législatif quelconque, n'a pas été classée comme mode d'acquérir individuel et distinct. Ulpien nous en donne pour exemples le legs *per vindicationem* consacré par la loi des Douze Tables, le *caducum* et l'*ereptorium* consacrés par la loi Papia Poppœa; nous les retrouverons dans la théorie des testaments. On peut encore mentionner le singulier *jus accrescendi* que le droit classique avait relevé dans l'affranchissement émané d'un *codominus* (*Inst.* II, t. VII, p. 4; *suprà*, n° 14; Ulpien, XIX, 17).

Enfin deux hypothèses particulières trouvent leur place ici.

174. **Trésor.** — Le trésor ne doit pas se confondre avec les objets cachés ou perdus. C'est une chose mobilière, enfouie dans une autre chose dont elle n'est pas le produit, on ne sait ni quand ni par qui; en conséquence, elle n'a pas de maître. Le plus souvent, cette notion s'applique en fait à la somme d'argent enfouie dans un immeuble (f. 31, p. 1, *Dig.*, 41-1).

D'après le principe général de l'occupation, ce trésor devrait appartenir intégralement à l'inventeur; car il est de sa nature un don du hasard, ou, dans le langage des textes chrétiens, un bienfait de Dieu. Mais le droit classique des Romains établit sur ce point des règles spéciales : 1° Le trésor que trouve un propriétaire sur son fonds lui appartient par droit d'occupation. 2° Le trésor trouvé sur le terrain d'autrui appartient pour moitié à l'inventeur, par droit d'occupation, pour moitié au propriétaire du fonds, par une attribution légale qui se fonde sur la présomption que le dépôt est l'œuvre de ses ancêtres; il n'importe que le maître du terrain soit un particulier, ou César, ou quelque cité. 3° Le trésor trouvé sur un terrain qui n'a pas de propriétaire, notamment sacré ou religieux, appartient pour moitié à l'inventeur, pour moitié au fisc.

Si l'inventeur a fait des fouilles intentionnelles sur le terrain d'autrui, il n'a plus aucun droit au trésor, que le *dominus soli* acquiert alors tout entier.

Cette législation fut l'œuvre d'Adrien dans son ensemble; certains de ses successeurs l'ont modifiée ou rétablie, et Justinien la confirme dans les Institutes (II, t. I, p. 39; f. 1; f. 3, p. 10; *Dig.*, 49-14).

175. **Acquisition des fruits au possesseur de bonne foi.** — Le possesseur de bonne foi d'un meuble ou d'un immeuble acquiert *lege* la propriété des fruits de la chose possédée. Il n'y a pas à considérer s'il peut ou non acquérir la propriété de la chose elle-même par usucapion (*Inst.* II, t. I, p. 35; f. 48, pr., p. 2, *Dig.*, 41-1).

Est possesseur de bonne foi, quiconque a reçu la chose d'une personne qu'il en croyait à tort propriétaire, et la détient en vertu d'une vente, d'une donation ou de tout autre titre impliquant *justa causa*. S'il acquiert alors la propriété des fruits de cette chose qui ne lui appartient pas, ce n'est point *pro culturâ et curâ*, comme le dit faussement Justinien; car il gagne même les fruits étrangers à son travail, et toute sa diligence ne lui en procurerait aucun, si la bonne foi lui manquait. Le vrai motif de la règle, c'est qu'il dispose sans souci de ces fruits qu'il juge siens; le déclarer redevable d'une valeur équivalente après un temps peut-être long, ce serait le ruiner ou le gêner, et, de plus, donner naissance à des comptes compliqués dont les éléments feraient défaut.

Du reste, le possesseur de bonne foi n'a droit qu'aux fruits. Or les produits d'une chose se divisent en deux catégories : 1° les *fruits;* c'est ce que la chose donne périodiquement d'après sa destination normale; on appelle *fruits naturels* ceux qui sortent de sa substance, comme les récoltes de la terre, le lait, la laine, le croît des animaux, et *fruits civils* ceux qu'on perçoit à l'occasion d'un objet stérile en lui-même, comme les loyers d'une maison, les intérêts de l'argent; 2° les *produits* proprement dits; c'est ce que la chose n'est pas destinée à donner périodiquement : tels sont les matériaux extraits des carrières, le part des esclaves (*Inst.*, p. 37, *hic;* f. 27, *Dig.*, 5-3).

176. *Conditions de l'acquisition.* — L'acquisition des fruits exige deux conditions, outre la juste cause : 1° il faut qu'il y ait eu séparation, c'est-à-dire que, d'une manière quelconque, par le fait du possesseur ou d'un tiers, ou par toute autre circonstance, les fruits

aient été détachés de la chose frugifère; car, jusqu'à ce moment, ils restent confondus avec elle, et le possesseur n'a pas plus de droit sur les uns que sur l'autre; on appréciera bientôt la situation différente de l'usufruitier; 2° il faut, de plus, que la bonne foi persiste au moment de la séparation; car c'est à l'instant où doit se produire l'acquisition que les éléments en sont nécessaires; nous relèverons une règle contraire dans la théorie de l'usucapion, suivant la maxime : *Mala fides superveniens non nocet* (f. 23, p. 1; f. 48, p. 1, *Dig.*, 41-1; *Inst.*, p. 36, *hic*).

177. *Effets de l'acquisition.* — Lorsque le propriétaire vient à revendiquer la chose, le possesseur est-il tenu de lui restituer les fruits dont il n'a pas disposé et qui restent encore dans ses mains? Pour le droit classique, la négative est probable, parce que les jurisconsultes n'admettaient pas que la propriété, une fois acquise, pût être résolue; le langage des textes paraît conforme à cet aperçu. Mais, au temps des Institutes, il en est autrement; le possesseur de bonne foi ne gagne définitivement les fruits que par la consommation, et doit rendre au propriétaire tous ceux dont il se trouve investi lors de la *litis contestatio* de la revendication. On exprime ce résultat en disant que les *fructus consumpti* lui sont acquis, mais non les *fructus exstantes*. Cette doctrine, incontestable sous Justinien, paraît remonter à Dioclétien (f. 25, p. 1; f. 28, *Dig.*, 22-1; *C.* 22, *Cod.* 3 32; *Inst.*, p. 35, *hic*).

Elle provient, d'ailleurs, d'une assimilation, plus apparente que réelle, de tous les possesseurs de bonne foi au possesseur *bonæ fidei* d'une hérédité. Ce dernier, poursuivi par l'héritier véritable au moyen de la *petitio hereditatis*, devait restituer tous ses profits héréditaires; il gardait donc les *fructus exstantes* dont il avait consommé la valeur, mais il rendait la valeur des *fructus consumpti* dont il s'était enrichi; ces décisions résultaient d'un sénatus-consulte proposé sous Adrien. On les résume dans l'adage si connu : *Fructus augent hereditatem* (f. 20, p. 6; f. 25, p. 11, *Dig.*, 5-3).

178. Le possesseur de mauvaise foi est dans une situation bien différente, parce que nulle raison d'équité ne milite en sa faveur. Aussi doit-il restituer au propriétaire de la chose tous les fruits sans distinction; il est passible de la revendication pour les *fructus exstantes*, et d'une *condictio* pour la valeur des *fructus consumpti*; on va même jusqu'à le rendre responsable des fruits qu'il a négligé de recueillir (*Inst.* IV, t. XVII, p. 2; f. 4, p. 2, *Dig.*, 10-1).

CHAPITRE VIII

USUCAPION.

(*Inst.* II, t. VI.)

De même que la tradition, l'usucapion n'est qu'une manière d'acquérir la propriété par la possession. Mais la première procure d'un seul coup la possession et la propriété ; la seconde ne procure la propriété que par la voie d'une possession prolongée et revêtue de certaines conditions extrinsèques. De là vient le nom d'*usucapio, capere usu.*

SECTION PREMIERE.

USUCAPION CLASSIQUE.

179. Le domaine de l'usucapion embrasse deux catégories distinctes d'hypothèses.

1° Elle sert à transformer la propriété bonitaire en propriété quiritaire, soit qu'on ait reçu *à domino* une *res mancipi* par simple tradition, soit que, pour toute autre cause, on ait seulement *in bonis* une *res mancipi* ou *nec mancipi.* Ce premier rôle de l'usucapion est d'une équité manifeste; on y voit le droit civil se corriger lui-même (*Gaïus,* II, 41 ; III, 80).

2° Elle sert à transformer la possession juridique en propriété quiritaire, lorsqu'on a reçu *à non domino* une *res mancipi* ou *nec mancipi* sans la volonté du propriétaire. Dans cette seconde fonction, l'usucapion semble contraire à la justice, puisqu'elle fonde un droit légal sur un fait illégitime. Mais de puissantes considérations d'utilité publique l'ont introduite chez tous les peuples organisés. Elle allége sensiblement la preuve de la propriété, qui serait difficile et souvent impossible sans elle ; ne faudrait-il pas, en effet, que tout acquéreur démontrât la régularité de son acte d'acquisition, ainsi que la préexistence de son droit dans l'aliénateur qui le lui a transmis, dans l'auteur précédent, dans les auteurs de l'auteur, et ainsi de suite à l'infini? De plus, au risque de quelques injustices individuelles dont ne souffriront guère que les négligents, l'usucapion prévient le mal social de l'incertitude dans la propriété,

ne dominia rerum diutiùs in incerto essent. Elle a donc sa place marquée dans toute législation bien entendue (Gaius, II, 44; *Inst.*, pr. *hic*).

Comme le domaine bonitaire disparut au plus tard sous le règne de Justinien, ce prince ne connaît et ne règle que la seconde des applications classiques de l'occupation.

§ 1

Conditions.

L'usucapion requiert plusieurs conditions, sans compter qu'elle est de droit civil, c'est-à-dire inaccessible aux étrangers.

180. **Aptitude de la chose.** — Les choses corporelles *in commercio* sont seules susceptibles de possession, et, par conséquent, d'usucapion ; en sont donc exclus l'homme libre, les *res sacræ*, *religiosæ*, *sanctæ*. Comme les fonds provinciaux ne peuvent supporter la propriété quiritaire, l'usucapion leur est inapplicable (*Gaius*, II, 46, 48).

Des *obstacles accidentels* résultent souvent de la qualité du propriétaire ou d'un vice de la chose.

A. Sont, par exemple, insusceptibles d'usucapion, *à raison de la qualité du propriétaire* : 1° les *res mancipi* de la femme pubère en tutelle, si elle ne les a livrées elle-même *tutore auctore* ; 2° les biens du pupille, dans les limites où le sénatus-consulte de Septime Sévère et les règles postérieures les ont déclarés inaliénables (*suprà*, n° 104) ; 3° les biens du fisc ; mais une succession vacante n'entre dans cette catégorie qu'après la dénonciation faite aux agents fiscaux ; 4° le fonds dotal, à moins que la possession n'ait commencé avant la constitution de la dot (Gaius, II, 47 ; *Inst.*, p. 9, *hic* ; f. 16, *Dig.*, 23-5).

B. D'autres choses, quel qu'en soit le propriétaire, échappent à l'usucapion par l'*effet d'un vice qui leur est inhérent*. La règle s'applique d'abord aux meubles volés avec ou sans violence, *furto vel rapinâ* ; cette prohibition remonte aux Douze Tables et fut renouvelée par une loi Atinia en 557 de Rome. La même impossibilité couvre les immeubles occupés par violence ; pour eux, la prohibition a sa source dans une loi Plautia de 665 et fut renouvelée par la loi *Julia de vi* sous Auguste. Dans les deux cas, la défense d'usucaper ne s'adresse pas à l'auteur du vol ou de la violence, puis-

qu'il est dépourvu d'autres conditions qu'on va voir; elle ne concerne que les tiers qui recevraient *bonâ fide* la chose de lui-même ou d'un autre. Le vice s'efface par le retour de la *res vitiosa* aux mains du maître ou de son représentant, pourvu qu'il la reprenne en connaissance de cause et dans l'intention de recouvrer l'exercice de son droit (*Inst.*, p. 1-8, *eod. tit.*).

181. **Possession qualifiée.** — L'usucapion exige une possession qualifiée, c'est-à-dire accompagnée de certains caractères déterminés.

Nature de la possession requise. — Tout d'abord il s'agit ici de la possession juridique, *justa possessio*, exercée à titre de propriétaire, *cum animo domini*. Tous les détenteurs pour autrui, fussent-ils investis d'un droit réel, comme l'usufruitier, et ceux des possesseurs qui ne peuvent se croire propriétaires, comme le créancier gagiste, ne sauraient usucaper pour eux-mêmes ; ils usucapent seulement au nom de la personne dont ils reconnaissent le titre supérieur (f. 13, f. 25, *Dig.* 41-3).

Durée. — Cette possession juridique doit durer deux ans pour les immeubles, un an pour les meubles. Si les meubles sont plus rapidement usucapés que les immeubles, c'est que, à raison de leur circulation plus active, la propriété en devait rester moins longtemps incertaine. Tant pour les immeubles que pour les meubles, on peut critiquer l'extrême brièveté de l'usucapion ; mais il faut songer que la règle date d'une époque où les Romains étaient encore peu nombreux et leur territoire fort étroit. Dans le calcul du délai, on compte de jour à jour, et non d'heure à heure, *a die ad diem, non a momento ad momentum ;* de plus, on néglige le jour de l'entrée en possession, mais le dernier jour est accompli aussitôt que commencé, *dies incæptus pro impleto habetur* (*Inst.*, pr. *h. tit.*, f. 6 7, *Dig.*, 41-3; f. 15, *Dig.*, 41-3).

On exige d'ailleurs que la possession ait été continue durant tout le délai requis, c'est-à-dire qu'elle n'ait point été perdue par l'une des causes précédemment indiquées (*suprà*, n° 159). Cette perte de la possession constitue l'interruption naturelle de l'usucapion, *interruptio, usurpatio ;* il n'y en a point d'autre dans le droit classique, encore ignorant de ce que nous appelons aujourd'hui l'interruption civile. Ainsi la revendication même du propriétaire n'arrête pas le cours de l'usucapion, réserve faite de tempéraments effectifs qu'on appréciera plus tard sur l'action *in rem*.

182. *Accessio temporis.* — Du reste, il n'est pas nécessaire que toute la possession ait été réalisée par la même personne ; cette rigueur aurait gêné la libre transmission des biens.

Tout possesseur a le droit de joindre à sa possession la possession de son auteur, comme si les deux n'en faisaient qu'une. C'est ici la théorie de l'*accessio temporis, accessio possessionum ;* pour s'en prévaloir, il faut être le successeur, l'ayant cause d'un précédent possesseur. Or, il se présente deux hypothèses dissemblables : 1° On peut être ayant cause à titre universel, par succession civile ou prétorienne, notamment en qualité de *heres*, *bonorum possessor*, *bonorum emptor*, *adrogator*. Dans tous ces cas, la seconde possession n'est que la continuation de la première, qui déteint sur elle, si l'on peut ainsi parler ; elle est pour l'usucapion ce qu'était la précédente, efficace ou sans force, et l'on ne tient nul compte de sa valeur propre. 2° On peut être ayant cause à titre particulier, notamment en qualité d'acheteur, de donataire, de légataire. Dans tous ces cas, la seconde possession reste indépendante de la première, et le successeur doit être par lui-même en état d'usucaper ; moyennant cette qualité, il est maître de répudier la possession de son auteur ou de la joindre à la sienne ; son intérêt fait varier son choix, suivant que l'auteur se trouvait ou non *in causâ usucapiendi* (*Inst.*, p. 12, 13, *hic ;* f. 19, *Dig.*, 41-3 ; f. 15, p. 1, *Dig.*, 44-3).

183. **Juste titre.** — L'usucapion requiert, en outre, un juste titre ou juste cause, *justa causa*, *justus titulus ;* cette condition est rigoureusement exigée, si bien qu'elle ne se présume jamais, et que le possesseur doit la prouver (f. 13, p. 2, *Dig.*, 6-2).

En principe, le juste titre de l'usucapion doit s'entendre autrement que la juste cause de la tradition, et consiste dans un fait juridique, un *negotium juris*, indépendant de la mise en possession.

Tantôt ce juste titre est un acte de l'autorité, la volonté d'un magistrat. Cette volonté peut résulter d'une disposition générale de l'édit qui autorise l'usucapion directement et sans nouvelle décision du préteur ; ainsi se trouvent *in causâ usucapiendi* le *bonorum possessor* et le *bonorum emptor*. Plus rarement elle résulte d'un décret spécial, rendu par le préteur après examen, et qui légitime la prise de possession (f. 28 in f. *Dig.*, 9-1 ; Gaius, III, 8).

Tantôt le juste titre est un fait émané de particuliers, extrinsèque à la tradition, et qui la motive en manifestant l'intention de la

rendre translative de propriété. La tradition en est alors une conséquence nécessaire ou facultative, selon qu'il oblige, comme la vente, ou n'oblige pas, comme la donation. Mais toujours faut-il supposer qu'elle ne rend pas l'*accipiens* propriétaire, parce qu'elle porte sur une *res mancipi* ou qu'elle dérive d'un *tradens* hors d'état d'aliéner ; de là besoin d'usucaper.

184. La tradition faite en vertu d'un titre simplement imaginaire met-elle *in causâ usucapiendi ?* ou, pour user des termes techniques, le juste titre putatif équivaut-il au juste titre réel? Cette question suppose non l'erreur de droit, qu'on n'a jamais pu invoquer en matière d'usucapion, mais l'erreur de fait d'un *accipiens* trompé sur l'existence ou sur la validité du titre, qui ne s'est pas réalisé ou qui est légalement nul. Les jurisconsultes classiques, après de longues controverses, semblent se contenter, en règle générale, d'un titre putatif, lorsque l'erreur est plausible, c'est-à-dire n'implique pas de grossière étourderie : plusieurs textes du Digeste font des applications de cette doctrine. Mais une telle solution, peut-être acceptable dans la théorie et colorée d'un semblant d'équité, aboutissait dans la pratique à d'insolubles problèmes. Aussi le droit impérial, depuis Dioclétien, exige-t-il rigoureusement le juste titre réel ; Justinien consacre dans les Institutes cette dernière décision (f. 4, *Dig.*, 22-6; f. 11, *Dig.* 41-4; C. 24, *Cod.* 3-32; *Inst.*, p. 11, *hic*).

185. Par dérogation aux règles précédentes, il ne serait pas impossible de relever, à travers les lois romaines, de rares hypothèses où la *justa causa usucapiendi* se confond avec la *justa causa* de la tradition. En d'autres termes, il y a des cas où l'intention corrélative d'aliéner et d'acquérir, jointe à la mise en possession, et dénuée de tout *negotium juris* antérieur ou concomitant, suffit à fonder l'usucapion. Mais ces maigres exceptions ne sauraient altérer l'aspect d'ensemble ni l'intime vérité de la théorie générale (f. 4, *Dig.*, 41-7; f. 1, p. 2, *Dig.*, 41-9.)

Une conclusion est donc certaine : la tradition faite *à domino* transfère la propriété plus facilement que la tradition faite *à non domino* ne met en voie d'usucaper ; car la première n'a nul besoin d'un fait séparé qui la motive, tandis qu'il est indispensable à la seconde.

186. **Bonne foi.** — La bonne foi requise en notre matière est l'erreur de fait qui consiste, de la part de l'*accipiens*, à croire que

le *tradens* avait pouvoir d'aliéner. On n'exige donc pas cette quatrième condition pour l'usucapion de la *res mancipi* livrée *à domino*, ni pour l'usucapion qui a son juste titre dans un acte de l'autorité.

A la différence du *justus titulus*, la *bona fides* se présume toujours. Cette seule remarque suffit à distinguer l'une de l'autre ces deux conditions de l'usucapion, et renverse le système qui ne voit dans le juste titre qu'un des éléments de la bonne foi (C. 30, *Cod.* 8-45).

Trois règles déterminent le rôle de la bonne foi dans l'usucapion : 1° Elle est nécessaire au moment de l'entrée en possession, et non pas à l'instant où se produit le juste titre ; par exception, la personne qui usucape *pro emptore* doit être de bonne foi lors de la vente et lors de la tradition ; cette singularité tient à la rédaction d'un édit prétorien que nous rencontrerons sur l'action Publicienne. 2° La mauvaise foi survenue dans le cours de l'usucapion n'y met pas obstacle, *mala fides superveniens non nocet ;* cette doctrine est inconséquente, puisque toutes les autres conditions de l'usucapion doivent se prolonger jusqu'à la fin ; peut-être s'explique-t-elle par ce fait que l'*usucapiens*, en échange de la propriété qu'il croyait obtenir, a le plus souvent donné quelque chose ou contracté quelque obligation. 3° Si la possession est acquise par un représentant, c'est la bonne foi du représenté qu'on exige pour l'usucapion, dont le cours ne s'ouvrira pas avant qu'il ait eu connaissance de l'appréhension faite en son nom. On déroge à cette règle pour la possession acquise *ex causâ peculiari* par une personne *in potestate ;* car l'usucapion s'ouvre alors à l'insu du représenté, et ne demande que la bonne foi du représentant (f. 15, p. 2 ; f. 44, p. 2, *Dig.*, 41-3 ; — f. 2, pr. p. 4, 10, *Dig.*, 41-4).

§ II

Effets.

187. — L'usucapion achevée produit un double effet.

Consolidation du juste titre. — Dans les rapports de l'acquéreur avec son auteur, elle rend définitifs les résultats du juste titre, en supprimant tout danger d'éviction. Ainsi la personne qui usucape *pro emptore* est désormais tenu de payer le prix d'achat qu'elle pouvait refuser jusqu'alors ; si l'on a usucapé *pro donato*, on doit

supporter les charges de la donation (f. 13, pr. f. 33, *Dig.*, 39-6 ; *Fr. Vat.*, 12).

Acquisition de la propriété cum onere. — Dans les rapports de l'acquéreur avec le propriétaire, l'usucapion dépouille le second pour investir le premier ; le possesseur est dorénavant soustrait à toute action réelle ou personnelle de l'ancien *dominus*, tant pour la chose que pour ses fruits ou produits de tout genre. Mais l'usucapion est un mode dérivé d'acquérir ; elle ne procure donc la propriété au nouveau maître qu'avec la charge de tous les droits réels quelconques qui la grevaient, et le bénéfice de tous ceux dont elle était favorisée ; *Tantùm præscriptum quantùm possessum* (f. 10, p. 1 ; f. 44, p. 5, *Dig.*, 41-3).

On dit ordinairement que l'usucapion achevée retroagit au jour de son commencement. Rien n'est moins établi que ce prétendu principe. Les textes, en effet, déclarent indistinctement conservés après l'usucapion tous les droits réels qu'a pu rétablir l'ancien propriétaire, avant le début ou dans le cours de la possession. De plus, les acquisitions de l'esclave possédé de bonne foi profitent à son maître, non au possesseur. Enfin la rétroactivité s'accorderait mal avec une règle capitale et certaine ; c'est que le juge doit condamner le possesseur qui n'a terminé son usucapion que depuis la *litis contestatio* (*Inst.* II, t. IX, p. 4 ; f. 2, p. 21, *Dig.*, 41-4).

§ III

Exceptions.

A côté de l'usucapion classique existaient quelques anomalies, qui nous sont révélées surtout par Gaïus.

188. **Usucapio lucrativa.** — On entendait par *usucapio lucrativa* ou *pro herede* l'usucapion de biens héréditaires, c'est-à-dire compris dans une succession ouverte. Elle est anormale sous deux rapports : 1° elle échappe aux conditions ordinaires de juste titre et de bonne foi, et s'accomplit par un an, même pour les immeubles; 2° elle relève de conditions qui lui sont propres. Car il faut que l'héritier ait pu s'emparer des *res hereditariæ* sans commettre de vol, ce qui suppose qu'elles étaient vacantes ; en outre, la personne qui les possède ou les détient au moment du décès n'est pas admise à *mutare sibi causam possessionis* ; enfin le possesseur doit avoir la *factio testamenti*, c'est-à-dire la capacité

d'être héritier du défunt (Gaïus, III, 201 ; f. 2, p. 1 ; f. 4, *Dig.*, 41-5 ; f. 68, 70, *Dig.*, 47-2).

La dernière condition tient à l'effet primitif de cette usucapion, qui faisait de l'*usucapiens* un véritable héritier. Elle l'investissait non-seulement des choses corporelles qu'il avait possédées, mais encore de tous les autres éléments même incorporels, actif et passif, en un mot, de la succession entière. Gaïus qualifie cette institution de *lucrativa* et d'*improba;* peut-être n'en pénétrait-il plus le véritable esprit. Car il lui donne pour motif le désir ou le besoin qu'aurait éprouvé le législateur de terminer à bref délai la vacance de l'hérédité, dans le double intérêt des créanciers dont les actions restaient en suspens, et des *sacra* du défunt qui se trouvaient interrompus. Mais si tel eût été le résultat poursuivi, il eût suffi d'imposer aux héritiers appelés l'obligation de prendre parti dans le délai d'un an, sous peine de dévolution aux subséquents, sans consacrer l'usurpation d'un possesseur étranger. Peut-être l'usucapion *pro herede* eût-elle une cause plus noble ; elle fournissait aux cognats, écartés en principe de l'ancienne succession légitime, un moyen facile d'y arriver à défaut d'agnats ; il y avait là pour eux, naturellement informés du décès d'un proche et de l'ouverture de l'hérédité, une vocation indirecte en l'absence de parents civils (*Gaïus*, II, 55).

Toutes ces raisons vraies ou fausses ne tardèrent pas à disparaître ; les *sacra* étaient tombés en désuétude, et le préteur avait admis, d'une part les créanciers à vendre le patrimoine du débiteur mort sans héritier, d'autre part les cognats à prendre la succession non recueillie par des agnats. Dès ce jour, l'usucapion *pro herede* touche à son déclin. Dans une deuxième phase, au lieu de procurer à l'*usucapiens* la qualité d'héritier, elle ne lui confère plus que la propriété des choses corporelles héréditaires qu'il a possédées. Un sénatus-consulte porté sous Adrien la fait entrer dans une troisième période ; le véritable *heres*, sans doute aussi le successeur prétorien ou *bonorum possessor*, put désormais, par une *petitio hereditatis fictitia*, obtenir la rescision de l'usucapion même accomplie, c'est-à-dire après l'année, sans distinction entre les possesseurs de bonne ou de mauvaise foi ; les effets n'en sont donc plus irrévocables qu'à défaut de tout héritier. Enfin Marc-Aurèle, en organisant une poursuite criminelle, *crimen expilatæ hereditatis*, contre les usurpateurs de biens héréditaires, amena la ruine défini-

tive de l'usucapion *pro herede* (*Dig.*, 47-19 ; C. 9-32) (*Gaïus*, II, 53).

189. **Usureceptio.** — Il y a *usureceptio* dans certains cas spéciaux, où la chose retourne à son ancien maître par une usucapion dispensée des conditions ordinaires. Gaïus en signale trois applications (II, 59-61).

Les deux premières n'exigent ni bonne foi ni juste cause, et se réalisent toujours par un an : 1° au profit de la personne qui a fait aliénation fiduciaire de sa chose à titre de dépôt, et qui rentre en possession d'une manière quelconque ; 2° au profit de la personne qui a fait l'aliénation fiduciaire de sa chose à titre de gage ; quand ce constituant a payé sa dette, on ne recherche pas de quelle façon il redevient possesseur ; s'il n'a pas payé, on exige que sa possession ne dérive pas d'un bail ou d'un précaire consenti par le créancier-gagiste, et son *usureceptio*, moins naturelle alors, est qualifiée de *lucrativa*. Ces deux hypothèses disparurent avec l'usage d'aliéner à titre de dépôt ou de gage (1).

La troisième application n'exige ni juste cause ni bonne foi, mais reste soumise pour le délai à la distinction entre les meubles et immeubles. C'est l'*usureceptio ex prædiaturâ*, assez obscure et très-controversée. On appelle *prædiator* l'acheteur d'une chose vendue par le peuple romain ; or, dans l'hypothèse où l'État, investi d'une créance et d'un gage, aliène le gage pour se payer, le débiteur qui l'avait constitué peut vraisemblablement l'usucaper, s'il en reprend la possession. Peut-être demaude-t-on qu'il ait préalablement désintéressé le fisc ou le *prædiator*. Ce ne sont là que des conjectures (arg. f. 9, *Dig.*, 18-5).

SECTION DEUXIEME

LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIO.

190. Le domaine de l'usucapion classique était trop étroit par deux côtés : 1° mode d'acquérir de droit civil, elle restait inaccessible à tous ceux des pérégrins qui n'avaient pas reçu la concession du *commercium* ; 2° translative de la propriété quiritaire, elle restait inapplicable à tous ceux des fonds provinciaux qu'on n'avait pas revêtus du *jus italicum*. Ces lacunes n'offraient rien de cho-

(1) L'aliénation fiduciaire sera expliquée à l'occasion du dépôt et du gage.

quant pour la Rome primitive, qui n'avait ni sujets ni provinces (*Gaius*, II, 46, 63).

Plus tard, en un temps ignoré, le préteur organisa la *longi temporis præscriptio* pour assurer, par un moyen plus large et plus souple que l'usucapion, la situation de certains possesseurs.

Conditions. — La *præscriptio longi temporis* relève des règles précédemment décrites pour la bonne foi, la juste cause, le calcul du délai et l'*accessio possessionum*. Mais la durée en est fixée, tant pour les meubles que les immeubles, à dix ans entre présents et vingt ans entre absents ; la signification de ces mots resta débattue jusqu'à Justinien (*infrà*, n. 191).

Effets. — Quant aux effets de la *præscriptio*, ils la séparent nettement de l'usucapion, et sont faciles à déduire d'un principe incontestable. Elle ne constitue pas un mode d'acquérir, mais seulement un moyen de défense ; en d'autres termes, elle ne procure pas la propriété, mais seulement une arme de procédure contre la revendication du propriétaire. De là suit que : 1° le possesseur qui veut s'en prévaloir doit en obtenir la mention dans la formule d'action que le magistrat délivre au propriétaire ; on la plaçait originairement en tête de cette formule, *præscriptum erat* ; de là le nom de prescription qui a traversé les siècles ; 2° l'engagement définitif ou *litis contestatio* de la revendication, avant l'expiration des dix ou vingt ans, interrompt la *præscriptio* ; car il est de règle que tout moyen de défense doit être acquis au jour de la demande ; 3° la *præscriptio* est opposable à toute action réelle ; elle repousse donc, en même temps que le propriétaire, les créanciers hypothécaires, et probablement tous les titulaires de servitudes prédiales ou personnelles non encore éteintes par le non-usage (f. 12, *Dig.*, 44-3 ; C. 1-2, *Cod.* 7-36).

Dans la rigueur de cette théorie, la *præscriptio* ne protégeait que le possesseur ; si donc, en dehors des conditions requises pour exercer un *interdictum* quelconque, il venait à perdre la possession, tout lui manquait pour la reprendre. Le préteur sortit enfin du cadre primitif de l'institution, et reconnut en pareille hypothèse une revendication utile. Dès lors on put voir dans la *longi temporis præscriptio* un mode prétorien d'acquérir, qui procurait la propriété bonitaire (C. 8, *Cod.* 8-39).

SECTION TROISIEME

Usucapion de Justinien.

191. En abolissant la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi*, des propriétés quiritaire et bonitaire, Justinien fit disparaître la première des deux applications de l'usucapion. La communication du *jus civitatis* à tous les sujets de l'empire avait supprimé l'une des raisons d'être de la *præscriptio longi temporis;* elle perdit l'autre, au jour où Justinien effaça toute différence entre les fonds provinciaux et les fonds italiques. L'empereur eut donc avantage à fondre ensemble les deux institutions de l'ancien droit pour n'en faire qu'une seule, qui conserva le nom d'usucapion.

192. *Conditions.* — Les éléments de juste titre, de bonne foi, et les obstacles accidentels restent ce qu'ils étaient au temps classique. Seulement les mineurs de vingt-cinq ans jouissent désormais de la même faveur que les pupilles, et leurs biens échappent à l'usucapion ; car ils ne peuvent, dans la législation de Justinien, perdre aucun de leurs droits par une prescription d'une durée inférieure à trente ans (C. 5, *Cod.* 2-41).

Mais la durée de la possession est soumise à des règles nouvelles. Le délai pour les meubles est de trois ans, et pour les immeubles de dix ans entre présents, de vingt ans entre absents ; le propriétaire et le possesseur sont réputés présents, quand ils ont leur domicile dans la même province, en quelque lieu que soit la chose ; s'il y a tantôt présence, tantôt absence, l'usucapion s'achève par un laps de temps à régler proportionnellement entre dix et vingt années (Inst. II, t. VI, pr. ; — C. 1, *Cod.* 7-31 ; — C. 12, *Cod.* 7-33; *Nov.* 119, c. 8).

La *litis contestatio* n'interrompt pas l'acquisition, et les règles de l'usucapion classique ont été préférées sur ce point aux principes de la *præscriptio.* En effet, un texte des Institutes, émané de Justinien lui-même, prévoit formellement une usucapion accomplie dans le cours du procès en revendication, *inter moras litis.* Cette doctrine se fonde également sur une exception qu'y apporte l'empereur ; si l'*usucapiens* est un absent, un *infans* sans tuteur, un fou sans curateur, il est permis, tant au propriétaire qu'aux créanciers hypothécaires, d'interrompre l'usucapion par

une requête, *libellus*, adressée au préteur ou au président de la province, en leur absence à l'évêque ou au *defensor civitatis*, et dans le cas où ces derniers même manqueraient, par une protestation affichée au domicile du possesseur et signée des *tabularii* ou de trois témoins. Mais, dans une Novelle postérieure aux Institutes, Justinien semble abandonner ses premières décisions, et l'on peut admettre sans témérité que, dans le dernier état de son droit, la *litis contestatio* est interruptive de l'usucapion (*Inst.* IV, t. XVII, p. 3; — C. 2, *Cod.* 7-40 ; *Nov.* 119, C. 7).

193. *Effets.* — La nouvelle usucapion, tout comme l'ancienne, a pour effet de transférer au possesseur la pleine propriété, avec les droits réels, actifs ou passifs, qui l'accompagnaient antérieurement. Toutefois, il faut bien observer que les hypothèques sont susceptibles d'une prescription analogue par la durée à l'usucapion de la propriété; elle lui sera donc symétrique, et devra s'accomplir à la même date, si le propriétaire et le créancier hypothécaire se trouvent l'un et l'autre présents ou absents; au contraire, si l'un est absent et l'autre présent, la prescription de l'hypothèque et l'usucapion de la propriété ne coïncideront plus dans leur terme (C. 8, *Cod.* 7-39; C. 12, *Cod.* 7-33).

Pour les servitudes, on verra bientôt qu'elles ne s'éteignent que par le non-usage; l'existence n'en peut conséquemment dépendre de la possession de l'*usucapiens*.

Reste à signaler trois hypothèses particulières.

194. **Choses aliénées par le fisc.** — Depuis Marc-Aurèle, les aliénations faites par le fisc en exécution d'une vente, si l'acheteur ne pouvait usucaper à raison d'un vice de la chose ou de sa mauvaise foi, lui fournissaient néanmoins une exception contre la revendication du propriétaire, après un délai de cinq ans à partir du contrat. Trois siècles plus tard, Zénon décida que tout acquéreur du fisc, à titre onéreux ou gratuit, aurait, dès la tradition, la propriété franche et libre d'hypothèques, sauf un recours du propriétaire ou des créanciers hypothécaires contre le fisc pendant quatre ans. Ces innovations, protectrices des acquéreurs du fisc plutôt que du fisc, furent, sans l'ombre d'une raison, étendues par Justinien aux aliénations qu'avait faites ou ferait la maison de l'empereur ou de l'impératrice (*Inst.*, p. 14, *h. tit*).

195. **Præscriptio longissimi temporis.** — Sur la fin du droit romain, le possesseur que sa mauvaise foi, le défaut de titre ou les

vices de la chose empêchent d'usucaper, n'est plus dénué de toute protection. Théodose le Jeune avait établi la célèbre prescription trentenaire, à l'effet d'éteindre toutes actions tant réelles que personnelles; c'est la *præscriptio longissimi temporis*. Le possesseur que nous supposons y trouvera donc, après trente ans, un moyen de défense, une exception contre la demande du propriétaire ou des créanciers hypothécaires. Mais il n'acquiert pas la propriété, puisqu'il est en dehors de l'usucapion ; par conséquent, vient-il à perdre la possession, il n'aura pas d'action pour la réclamer, et le propriétaire pourra revendiquer contre le nouveau possesseur, tant que ce dernier n'aura pas usucapé ou possédé durant trente ans (C. 3, C. 8, *Cod.* 7-39).

En l'année 544, plus de dix ans après les Institutes promulguées, Justinien décida que le possesseur de bonne foi lui-même, s'il avait acquis d'un possesseur de mauvaise foi et à l'insu du propriétaire, ne serait plus *in causâ usucapiendi* et n'aurait d'autre ressource que la prescription trentenaire. C'était bouleverser follement les théories jusqu'alors admises. Il ne faut pas étendre cette étrange décision aux sous-acquéreurs qui recevraient la chose d'un tel possesseur de bonne foi, si l'on ne veut supprimer à peu près l'usucapion (*Nov.* 119, C. 7).

196. **Præscriptio quadraginta annorum.** — Il est enfin des cas tout à fait exceptionnels, où le possesseur n'est à l'abri de toute action qu'après quarante ans. Cette faveur exorbitante s'applique notamment : 1° aux biens du fisc et de l'empereur ; 2° aux immeubles des établissements pieux ; spécialement pour les églises, le délai avait été de cent ans jusqu'à Justinien. Nous retrouverons cette *præscriptio quadraginta annorum* sur l'action hypothécaire (C. 14, *Cod.* 11-61 ; Nov. 111, Nov. 131).

CHAPITRE IX

ÉVÉNEMENTS CONNUS SOUS LE NOM D'ACCESSION.

(*Inst.* II, t. I, p. 20-34.)

197. Dans notre droit français, l'accession est la réunion de deux choses jointes ensemble de manière à n'en former plus qu'une, et constitue un mode d'acquérir la propriété (Code civil, art. 712).

Cette doctrine vient de nos anciens auteurs, surtout de Pothier, qui croyaient la tirer du droit romain; aux sept modes d'acquérir précédemment énumérés, ils en ajoutaient un huitième qu'ils appelaient accession, et qu'ils rattachaient au droit des gens, comme l'occupation et la tradition. La plupart des auteurs modernes rejettent cette opinion. Ni Gaïus ni Ulpien ne font entrer l'accession dans l'énumération des modes d'acquérir; nous verrons aussi, remarque plus grave, que tous les résultats attribués à ce prétendu *modus adquirendi* s'expliquent par d'autres faits juridiques (Gaïus, II, 18; Ulpien, XIX, 2).

Pour donner lieu à ce qu'on nomme accession, il faut : 1° deux choses qui appartiennent à des maîtres différents, ou dont l'une n'ait pas de maître; 2° une telle combinaison de ces deux choses, qu'il en résulte un tout unique, où l'une disparaisse en devenant l'accessoire de l'autre. Le mot latin *accessio* signifie simplement la chose accessoire, *quæ accedit*. Dans cette situation, s'il se produit une acquisition de propriété, ce n'est que par l'effet d'un des modes d'acquérir qui nous sont déjà connus; le terme vague et louche d'accession désigne l'ensemble de ce phénomène de droit, considéré dans son occasion et dans son résultat.

Écartons d'abord une hypothèse qui ne saurait, par aucun côté, toucher à notre théorie. Le propriétaire d'une chose en acquiert les fruits et produits divers; il n'y a là ni accession ni occupation, quoi qu'en dise Justinien, mais seulement une manifestation de l'un des trois éléments de la propriété, le *jus fruendi*. La justification légale de cet avantage se trouve dans l'idée que les fruits ou produits, avant de se détacher de la chose, en faisaient partie intégrante; ils n'ont, en conséquence, d'autre maître qu'elle. De là découle que le croît des animaux et le part de l'*ancilla* appartiennent toujours à la personne qui a la propriété de la mère lors de leur naissance. Mais il serait trop bizarre de parler d'accession dans tous ces cas où la séparation seule occasionne des droits distincts (*Inst.*, p. 19, *hic;* f. 5, p. 2, *Dig.*, 6-1; f. 66, *Dig.*, 41-1).

Les applications véritables de l'accession amènent à la qualifier tantôt de naturelle, tantôt d'artificielle; la première est l'œuvre de la nature; la seconde, émanée de l'un des propriétaires, est la seule qui soulève une question d'indemnité au profit du maître de la chose accessoire.

SECTION PREMIÈRE.

ACCESSION NATURELLE.

198. On entend par accession naturelle les diverses modifications que le voisinage de l'eau apporte aux propriétés riveraines. Quatre situations sont à distinguer.

Avulsion. — On appelle avulsion (*avellere*) l'action violente du courant, qui détache une portion reconnaissable de terrain et va l'adjoindre à un fonds inférieur, de la même rive ou de la rive opposée. Ce n'est là qu'une juxtaposition ; il n'en résulte aucun changement dans les droits respectifs des deux propriétaires, parce que le sol n'est pas dénaturé (*Inst.* II, t. I, p. 21 ; opp. Code civil, art. 559).

Alluvion. — L'alluvion est l'accroissement insensible et successif qui, par l'action lente des eaux, s'opère aux fonds riverains, *incrementum latens ;* elle provient de la retraite graduelle du fleuve vers l'autre bord, ou du dépôt prolongé des parcelles de limon charriées dans son cours. On l'attribue au maître du fonds augmenté ; car personne n'en pourrait établir la provenance, ni par suite en réclamer la propriété (*Inst.*, p. 20, *eod. t.*).

Iles formées dans les fleuves. — Une île se forme dans un fleuve, soit par dessèchement, quand l'eau découvre en s'abaissant une portion du lit, soit par atterrissement, quand le lit s'exhausse sur un point. Elle appartient aux riverains d'après des règles précises. On suppose le fleuve coupé en long, et toujours dans son milieu, par une ligne constamment parallèle aux deux rives. Si l'île se trouve tout entière du côté droit ou gauche de la ligne médiane, elle est la propriété exclusive des riverains de ce bord ; si l'île est traversée par la ligne médiane, chaque côté accroît à la rive voisine. Dans les deux hypothèses, la part individuelle de chaque riverain correspond exactement à la longueur du fonds dont il est propriétaire en regard de l'île ; il ne s'agit donc pas d'indivision (f. 29, *Dig*, 41 1).

Ces îles sont ainsi attribuées, parce qu'on les suppose nées du lit du fleuve. Aussi les îles *per circumlavionem*, c'est-à-dire formées par la bifurcation des eaux en deux branches qui se rejoignent plus bas, restent-elles à leurs maîtres. Quant aux îles flottantes de broussailles et d'autres matières non adhérentes au sol, elles font partie du

fleuve plutôt que de son lit, et demeurent publiques, s'il est public (*Inst.*, p. 22, *eod. t.*; ff. 30, p. 2; f. 65, p. 2-3, *Dig.*, 41-1. Cf. Cod. civil, art. 560-562).

Lit abandonné d'un fleuve. — Un cours d'eau s'empare de nouveaux terrains par une simple inondation ou par un vrai changement de lit. Dans le premier cas, l'envahissement n'est que temporaire, et ne change rien à la condition antérieure des fonds occupés. Dans le second cas, il est définitif, et le sol qu'il absorbe cesse d'appartenir aux maîtres précédents. L'ancien lit se partage entre les riverains des deux bords, comme une île coupée par la ligne médiane. Si les eaux venaient à reprendre leur cours d'autrefois, le nouveau lit abandonné ne retournerait pas à ses premiers propriétaires, et serait, d'après les mêmes règles, attribué aux riverains. Tel est du moins le principe abstrait des Institutes; mais il paraît douteux que la pratique l'ait admis (*Inst.*, p. 23-24, *eod. t.*; f. 7, p. 5, *Dig.*, 41-1).

199. **Principe commun de ces acquisitions.** — Pour expliquer ces trois hypothèses juridiques, il n'est pas nécessaire de reconnaître un mode d'acquérir spécial, qui serait l'accession. L'idée romaine, c'est que le lit des cours d'eau, même des fleuves considérés comme publics, appartient aux riverains. En conséquence, à la suite de l'alluvion, de la formation de l'île ou du changement de lit, ils ne font que recouvrer le libre exercice de leur propriété, jusqu'alors paralysé par l'obstacle des eaux; ces faits augmentent en pratique la valeur de leurs fonds, mais ne constituent pas des causes nouvelles d'acquisition (f. 30, p. 1, *Dig.*, 41-1).

La preuve de cette doctrine éclate dans certaines décisions intéressantes : 1° les fonds riverains d'un lac ou d'un étang ne sont pas susceptibles de s'accroître par alluvion; car le lac ou l'étang constitue une propriété distincte; 2° dans le droit classique, parmi les fonds voisins des cours d'eau, les *agri limitati* ne peuvent s'augmenter par aucun des trois moyens précités; car ils sont de contenance invariable et précise. Le lit des fleuves qu'ils bordent n'a donc pas de maître, et, si les eaux l'abandonnent, il appartient, comme l'île ou l'alluvion, au premier occupant, qui sera d'ailleurs dans la plupart des cas le riverain lui-même. Les fonds *non limitati* s'appellent *arcifinii* ou *arcifinales*, parce qu'ils n'ont pas de bornes fixes, mais seulement des limites naturelles, *naturaliter arcentur fines*. Ces distinctions sont effacées au temps de Jus-

tinien. Aussi applique-t-il l'alluvion à tous les fonds (f. 12, f. 16, *Dig.*, 41-1 ; f. 1, p. 67, *Dig.*, 43-12 ; — *Inst.*, p. 20, *hic*).

SECTION DEUXIEME

ACCESSION ARTIFICIELLE.

On relève trois principaux exemples d'accession artificielle.

§ I

Spécification.

200. La spécification est la transformation d'une matière première en une chose nouvelle, *nova species* ; elle ne rentre qu'indirectement dans la théorie de l'accession. Par exemple, je fais du vin avec des raisins, une statue avec du marbre, un objet d'art avec un lingot de métal. Justinien cite même le cas où l'on extrait des épis les grains qui s'y trouvent renfermés ; mais, suivant la remarque de Gaïus, il n'y a pas là de spécification, puisqu'au lieu de créer une chose nouvelle, on se contente de dégager une chose préexistante. Le spécificateur est celui qui a fait ou fait faire pour son compte la *nova species* (f. 7, p. 7 ; f. 27, p. 1 ; *Dig.*, 41-1).

Deux questions surgissent à cette occasion.

Question de propriété. — 1° Si le spécificateur était propriétaire de la matière qu'il a transformée, la *nova species* lui appartient incontestablement ; à l'inverse, s'il avait pour son travail le consentement du maître de la matière, ce dernier la conserve sans discussion. Mais, en supposant que le spécificateur ait transformé la chose d'autrui à l'insu ou contre le gré du *dominus*, à qui sera attribuée la *nova species* ? L'intérêt pratique du problème se révèle au premier examen ; on aperçoit notamment que le nouvel objet sera libre ou restera grevé des hypothèques et droits réels qui frappaient la matière première, suivant qu'on l'accordera au spécificateur ou qu'on le laissera au maître antérieur.

Les jurisconsultes classiques se partageaient entre deux doctrines absolues. Les Sabiniens considéraient que l'essence d'une chose est dans sa matière, et par suite nulle transformation n'en déplaçait la propriété à leurs yeux. Les Proculiens donnaient la prépondérance à la forme, et pour eux le propriétaire du nouvel objet était le spécificateur. Un système éclectique de Paul l'emporte dans

les Institutes, qui font la part de l'une et de l'autre des opinions extrêmes. La *nova species* est-elle susceptible de retourner à son ancien état, comme un vase d'argent, une statue de métal ? elle appartient alors au maître de la matière. La transformation est-elle irrévocable, comme au cas d'une statue de marbre ou de raisins convertis en vin ? Le spécificateur devient alors propriétaire. Cette distinction s'étend même, malgré le langage équivoque des Institutes, à l'hypothèse où le spécificateur a fourni une partie de la matière (Gaius II, 79; *Inst.*, p. 25, *h. tit.* f. 24, f. 26, *Dig.*, 41-1).

Mais ni les Sabiniens, ni les Proculiens, ni Justinien n'admettent ici l'idée d'une acquisition par accession. Quand la *nova species* reste au maître de la matière, il n'acquiert pas; sa chose, juridiquement identique à ce qu'elle était, reçoit seulement une plus-value. Quand la *nova species* va au spécificateur, c'est que l'ancienne chose est *res extincta* ; il a donc apparu une chose nouvelle, qui lui est acquise à titre de *res nullius*, c'est-à-dire par occupation, ou, si l'on veut, par une application de la *lex*.

Question d'indemnité. — 2° La question de *dominium* une fois vidée, une indemnité est due pour la matière ou pour l'industrie; car personne ne peut équitablement s'enrichir aux dépens d'autrui.

La propriété est-elle attribuée au spécificateur? Alors, si le maître de la matière est en possession de la *nova species*, il obtiendra une indemnité par l'exception de dol opposée à la revendication. Si le spécificateur est en possession, la difficulté se subdivise. A-t-il été de bonne foi ? le préteur le reconnaît passible d'une action *in factum* jusqu'à concurrence de son enrichissement. A-t-il été de mauvaise foi? le maître de la matière le poursuivra par l'action civile *ad exhibendum* pour obtenir, avec la valeur de la chose, le montant de l'intérêt qu'il avait à n'en être pas dépouillé. Il est à peine besoin d'ajouter que, dans le cas de vol, le volé jouissait, contre le voleur quel qu'il fût, de l'*actio furti* et de la *condictio furtiva* (*Gaïus*, II, 79 ; f. 23, p. 5, *Dig.* 6-1).

La propriété est-elle attribuée au maître de la matière ? alors, si le spécificateur est en possession, et qu'il ait été de bonne foi, l'exception de dol opposée à la revendication pourra lui procurer une indemnité. Pour toute autre situation, les textes sont muets.

201. **Écriture et peinture.** — Il faut rapprocher de la spécifi-

cation deux faits analogues que les Romains n'en auraient pas dû séparer.

Propriété. — Sur le papier ou le parchemin d'autrui, j'écris mon œuvre propre ou je copie l'œuvre d'un tiers; sur la planche d'autrui, je peins un tableau original, ou je copie le tableau d'un tiers. Dans la première hypothèse, la propriété du tout appartient au maître du papier ou du parchemin, l'écriture fût-elle en caractères d'or; dans la seconde, Justinien rétablit une doctrine quelque temps assoupie, et donne la propriété du tout au maître de la planche. Pour justifier cette distinction critiquée par Gaius, l'empereur fait observer que l'œuvre d'un Parrhasius ou d'un Apelles ne saurait être l'accessoire d'une planche ; mais ce motif paraît fragile, car tous les peintres ne sont pas de grands maîtres. Il valait mieux dire que l'écriture ne constitue pas l'œuvre intellectuelle, dont elle n'est que le signe; au contraire, la peinture fait le tableau. Mieux encore aurait valu soumettre les deux cas à des règles uniformes, en investissant toujours de la propriété l'écrivain ou le peintre; on ne peut nier, en effet, que de telles transformations du parchemin ou de la planche ne soient une spécification véritable.

Indemnité. — La question d'indemnité se tranche facilement pour l'écriture ; lorsque l'écrivain est en possession et de bonne foi, il a l'exception de dol contre la revendication ; lorsqu'il n'est pas en possession, mais de bonne foi, on lui concède un action *in factum.*

Quant au peintre, s'il n'est pas en possession et qu'il revendique, l'exception de dol le forcera bien à restituer le *pretium tabulæ*. S'il possède, et qu'il ait été de mauvaise foi, l'ancien maître de la planche le poursuivra par l'action *furti*. En dehors du vol, l'artiste est tenu d'une revendication *utilis*, qui le met en demeure de garder le tableau en payant la planche, ou de rendre la planche en obtenant le prix de la peinture (*Inst.*, p. 33-34, *h. tit.*; f. 3, p. 14, *Dig.*, 10-4).

Ces explications ne touchent point à ce que nous appelons aujourd'hui la propriété littéraire ou artistique, c'est-à-dire au droit exclusif de reproduire et d'exploiter une œuvre ; l'une et l'autre furent toujours inconnues des Romains. Mais en ces temps où l'écriture à la main était le seul moyen de conservation des ouvrages, l'intérêt purement matériel du débat pouvait s'élever haut.

§ II

Confusion et mélange.

202. *Il y a confusoin*, lorsque des corps liquides ou liquéfiés sont réunis, sans constituer une chose nouvelle, mais de manière à n'être plus séparables ; car s'ils constituaient une chose nouvelle, nous retournerions à la spécification ; et, s'ils étaient séparables, rien ne serait changé dans les droits antérieurs de leurs propriétaires. La confusion, qu'elle soit l'œuvre des maîtres, du hasard ou d'un tiers, et qu'elle porte sur des matières pareilles ou diverses, *vinum cum vino*, *aurum cum ære*, etc., aboutit toujours à l'indivision du produit. Chacun des copropriétaires a désormais l'*actio communi dividundo ;* le juge lui tiendra compte de la quantité et de la qualité de la matière qu'il a fournie à la masse (*Inst.*, p. 27, *h. tit.* ; f. 5, p. 1, *Dig.*, 6-1).

Il y a mélange, lorsque des corps solides sont réunis, sans constituer une chose nouvelle, mais de manière à n'être plus discernables; par exemple, le blé de Primus et le blé de Secundus sont versés dans le même sac. On distingue alors deux cas : 1° Si le mélange a été fait *ex voluntate dominorum*, le produit est commun, et chacun d'eux a l'action *communi dividundo*. 2° Si le mélange est l'œuvre du hasard, ou d'un tiers, ou d'un seul des maîtres, chacun d'eux reste propriétaire de sa chose, parce qu'elle n'a pas perdu son existence distincte; comme le fait alors observer Justinien, le blé ne devient pas plus commun que ne le serait un troupeau formé des bestiaux de diverses personnes. Il y a donc lieu à la revendication pour le propriétaire qui ne détient pas la masse. Le juge, impuissant à prononcer la séparation des grains de chacun, apprécie d'après leur valeur la portion de l'ensemble dont il doit ordonner la restitution au profit du demandeur; faute par le défendeur de s'exécuter, il sera prononcé une condamnation pécuniaire, sur le *juramentum* du réclamant (*Inst.*, p. 28, *h. tit.*).

Ces translations de propriété ne supposent pas l'existence d'un mode d'acquérir particulier, sous le nom d'accession. Dans le mélange, la translation réciproque implique le consentement des propriétaires, et paraît donc explicable par la tradition. Dans la confusion, chacune des molécules constitutives de la masse commune se compose, partie de ce qui appartenait à l'un, partie de ce qui

appartenait à l'autre; on peut dès lors prétendre qu'il n'y a pas acquisition nouvelle, mais simple juxtaposition de propriétés respectivement conservées. Tout au plus faudrait-il y voir une application de la *lex*.

§ III

Incorporation.

On doit comprendre, sous le nom d'incorporation, toutes les hypothèses où deux choses sont réunies sans devenir méconnaissables, mais de telle façon que l'individualité prédominante de l'une absorbe l'existence distincte de l'autre. La chose accessoire est toujours mobilière; la chose principale est immobilière ou mobilière.

203. **Incorporation de meuble à meuble, ou adjonction.** — L'incorporation d'une chose mobilière à quelque autre chose mobilière s'appelle proprement adjonction. Les textes en signalent trois principales applications: 1° *in textura*, mise en œuvre d'étoffes; par exemple, sur une robe ou tout autre vêtement, sont appliqués des ornements, broderies, pourpres, etc.; c'est l'hypothèse classique des Institutes; 2° *ferruminatio*, soudure immédiate de deux métaux l'un sur l'autre; par exemple, une anse est soudée à un vase, un bras à une statue; 3° *adplumbatio*, soudure médiate de deux métaux à l'aide d'un troisième métal, qui est d'ordinaire le plomb (f. 23, p. 25, *Dig.*, 6-1; *Inst.*, p. 26, *hic*).

Dans toutes ces situations, la question de propriété ne soulève aucun doute; au maître de la chose principale appartient la chose accessoire. Mais le maître de la chose accessoire ne saurait manquer d'un secours juridique. Possède-t-il le tout? A la revendication du propriétaire qui le réclame, il opposera l'exception de dol pour obtenir la valeur de la chose accessoire.

La possession lui fait-elle défaut? On ne lui permet pas *de plano* d'exercer la revendication, parce que *res extinctæ vindicari nequeunt*. Mais, s'il est possible, par une séparation matérielle, de rendre son individualité à la chose accessoire, le maître dépouillé y parviendra par le moyen de l'action *ad exhibendum* et revendiquera ensuite. Si la séparation est impraticable, il intente à son choix soit une action *in factum*, soit une *condictio* même contre les possesseurs de bonne foi, jusqu'à concurrence du profit qu'ils ont

réalisé. Au surplus, quand l'adjonction a été précédée d'un délit, l'auteur quelconque du délit est passible de toutes les actions qui en découlent, notamment de l'action *furti* et de la *condictio furtiva* (*Inst.*, p. 26, *h. tit.*; f. 6, *Dig.*, 10-4; f. 23, p. 4-5, *Dig.*, 6-1).

L'adjonction s'explique aisément, sans qu'il soit besoin de considérer l'accession comme un mode d'acquérir. D'abord, au cas où la séparation peut se faire, la propriété de la chose accessoire est plutôt paralysée que perdue; car il suffit de l'action *ad exhibendum* pour donner jour à la revendication. Dans le cas contraire, la chose accessoire n'a plus d'existence propre, et son maître est dès lors empêché de dire *hæc res mea est;* la possession et conséquemment la propriété du *dominus* de la chose principale s'étendent d'elles-mêmes sur les diverses parties du tout. L'analyse découvre donc en ce fait juridique, soit une plus-value sans nouvelle acquisition, soit l'acquisition par occupation d'une *res nullius.*

204. **Incorporation de meuble à immeuble.** — L'incorporation de choses mobilières à un immeuble comprend trois hypothèses notables, la construction ou *inædificatio,* la plantation ou *implantatio,* l'ensemencement ou *satio.*

Inædificatio. — A propos de l'*inædificatio,* une règle célèbre exprime que toutes les constructions faites sur le sol ou dans le sol en deviennent partie intégrante, et que la propriété du sol emporte la propriété des constructions : *Superficies solo cedit.* Cette règle reçoit deux applications également fameuses.

1. — Le propriétaire d'un terrain y construit une maison avec les matériaux d'autrui (*Inst.*, p. 29, *hic.*)

205. La propriété de la maison appartient sans nul doute au maître du sol. Mais la propriété des matériaux, considérée isolément par la pensée, demeure à leur maître antérieur ; si donc une conjoncture quelconque, notamment la ruine de la construction, leur rendait une existence distincte, il reprendrait l'exercice de la revendication. Aucune usucapion de l'édifice ne saurait même atteindre les matériaux, parce que la possession d'un ensemble n'implique pas la possession de ses éléments constitutifs. Tant que la maison reste debout, la revendication des matériaux est paralysée ; peut-on la ranimer en obtenant la démolition par l'action *ad exhibendum?* La loi des Douze Tables s'y oppose expressément ; il y aurait une perte sèche pour le corps social, et nul avantage sérieux

pour le réclamant, à transformer les matériaux en décombres et à détruire la main d'œuvre.

206. Cependant le propriétaire dépouillé des pierres et des poutres court risque d'attendre longtemps l'écroulement de la maison. Il a donc la faculté, si bon lui semble, d'exiger une indemnité immédiate, en perdant ainsi le droit de revendiquer plus tard ses matériaux. Distinguons deux cas possibles :

1° Les matériaux ont été volés. Alors, si le propriétaire du terrain a construit de mauvaise foi, il est personnellement auteur ou complice du vol ; le volé lui réclamera, par l'action pénale *furti*, une somme double ou quadruple du préjudice (1). En outre, le préjudice lui-même sera réparé, soit par la *condictio furtiva*, soit par l'*actio ad exhibendum* ou la revendication ; car il est de règle que nul ne se dérobe à ces deux dernières actions en se mettant frauduleusement dans l'impuissance de restituer, et l'exercice n'en est ici proscrit qu'à l'égard de la démolition. Si le propriétaire du terrain a construit de bonne foi, ou si l'on ne peut établir sa mauvaise foi, le maître des matériaux est investi d'une action spécialement créée par les Douze Tables, et qui se nomme *de tigno juncto;* elle lui procure en tout le double de la valeur des *tigna furtiva* (f. 1, *Dig.*, 47-3).

2° Les matériaux n'ont pas été volés, ce qui suppose nécessairement que le propriétaire du terrain les a employés de bonne foi. Le constructeur se trouvera quelquefois tenu d'une action de droit commun, par exemple *ex contractu depositi*, comme héritier du dépositaire des *tigna*. En l'absence de ce moyen, il est à croire que les jurisconsultes le déclaraient passible de la même action *in factum* qui se donnait contre l'auteur de l'adjonction, au cas où la séparation de l'accessoire était impossible.

B. — Un propriétaire de matériaux en use pour bâtir une maison sur le terrain d'autrui (*Inst.*, p. 30, *h. tit.*).

207. La propriété de la maison appartient toujours au maître du sol. Pour l'indemnité, nous avons à faire une distinction essentielle.

1° Le constructeur est de bonne foi. Pour avoir cette qualité, il a dû se croire propriétaire du terrain ; mais il ne paraît pas nécessaire qu'à cette opinion de fait vienne se joindre une *justa causa possidendi*.

(1) Ce sont les principes que nous appliquerons plus tard au *furtum*.

Alors est-il en possession? il paralyse la revendication par une exception de dol qui lui procure, au choix du demandeur, tantôt le remboursement de la dépense intégrale. *Pretium materiæ et mercedes fabrorum*, tantôt la plus-value résultée de la construction. Car, en restituant la dépense inférieure à la plus-value, le revendiquant fait un gain sans appauvrir le constructeur; en payant la plus-value inférieure à la dépense, il appauvrit le constructeur sans faire de gain; des deux côtés la justice est satisfaite. Le juge de l'action peut même contraindre le constructeur à l'enlèvement de ses travaux sans indemnité, si le maître du sol est hors d'état d'en fournir une. Cette doctrine, à la fois équitable et juridique, découle dans son ensemble d'un texte bien préférable à l'affirmation trop étroite des Institutes (f. 38, *Dig.*, 6-1; *Inst.*, p. 30, *h. tit.*).

Lorsque le constructeur de bonne foi n'est pas en possession, les jurisconsultes semblent unanimes à lui refuser toute action, sous le prétexte qu'il n'est intervenu ni contrat ni fait équivalent entre le maître du sol et lui; il n'a d'autre droit que de revendiquer les matériaux après la démolition. C'est une étonnante violation de la règle que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (f. 48, *Dig.*, 6-1; f. 33, *Dig.*, 12-6; f. 14, *Dig.*, 44-4; C. 2, *Cod.* 3-32) (1).

2° Le constructeur est de mauvaise foi. Les Institutes reproduisent encore la présomption trop absolue de l'ancien droit qui le considérait comme donateur de la maison au propriétaire du terrain; aussi n'avait-il alors ni l'exception de dol ni la faculté de réclamer les décombres de l'édifice détruit. Mais, dès le troisième siècle de notre ère, Caracalla autorisait le constructeur à revendiquer les matériaux après la démolition, en faisant la preuve qu'il n'avait pas agi *animo donandi;* Ulpien et Gordien, probablement sous la même condition, lui permettaient, s'il était possesseur, d'enlever ses travaux, à la charge d'éviter toute détérioration du fonds (f. 37, *Dig.*, 6-1; C. 2, C. 5, *Cod.* 3-32).

208. *Implantatio.* — L'*implantatio* relève du même principe que les constructions. Les arbres, et plus généralement les végétaux, font partie intégrante du sol où se développent leurs racines, et, par conséquent, appartiennent à son maître : *plantæ quæ terrâ coalescunt solo cedunt.* Cette maxime venait de la croyance

(1) On verra plus loin que l'action Publicienne et les interdits permettaient, en certains cas, de tempérer les inconvénients pratiques de cette doctrine.

erronée que les plantes se nourrissent uniquement par leurs racines.

Les conséquences en sont aisées à déduire: 1° votre arbre, que je transplante sur mon terrain, m'appartient dès qu'il y a pris racine; mais, si j'ai été de mauvaise foi, vous aurez contre moi les actions qui naissent du vol, et dans le cas contraire une revendication *utilis*. 2° Mon arbre, que je transplante sur votre terrain, vous appartient dès qu'il y a pris racine; par suite, tant qu'il y reste adhérent, je serai traité comme le constructeur sur le sol d'autrui; mais, une fois déraciné, l'arbre ne retombera pas sous le coup de ma revendication, parce qu'il s'est tranformé en vivant et n'est plus le même. 3° L'arbre qui plonge dans deux fonds est commun aux deux propriétaires, proportionnellement à la quantité de racines qu'il a chez l'un et chez l'autre, le tronc fût-il tout entier d'un seul côté. Les Institutes consacrent ces décisions (p. 31, *hic*).

209. *Satio*. — La *satio* produit des résultats analogues. Les semences de quelqu'un, mises dans le terrain d'autrui, appartiennent au maître du sol, qui reste en butte aux diverses demandes d'indemnité précédemment indiquées. Mais à la différence des arbres, qui ne sont attribués au *dominus soli* qu'après avoir poussé racine, le simple dépôt des semences, même avant toute germination, est translatif de propriété; car elles se trouvent immédiatement confondues avec le sol (f. 9, *Dig.*, 41-1; *Inst.*, p. 32, *hic*).

Dans tous ces cas d'incorporation, on voit disparaître provisoirement ou définitivement la chose accessoire, et la chose principale s'enrichir, soit d'une *res nullius* par occupation, soit plus simplement d'une mieux-value. On a donc nul besoin de recourir à l'idée d'un mode d'acquérir qui serait l'accession, ni même d'une acquisition quelconque; car l'objet incorporé n'est passible d'aucune revendication, et recouvre son ancien maître en même temps que son individualité.

CHAPITRE X

DES SERVITUDES.

(*Inst*. II., t. II à V.)

210. La propriété, le premier des droits réels, est libre et illi-

mitée de sa nature. Tous les autres droits réels, y compris les servitudes, ont pour caractère commun de la restreindre.

Division. — Une servitude, au sens général du mot, est un droit réel qui astreint une chose à des services particuliers en faveur d'une personne ou d'un fonds. De là résulte une division fondamentale. Certaines servitudes existent au profit d'une personne sur une chose immobilière ou mobilière ; on les appelle personnelles: *Servitutes personarum vel hominum*. D'autres existent au profit d'un fonds sur un fonds, et s'appellent *prédiales* ou *réelles : Servitutes prædiorum vel rerum*. Le sujet actif du droit est une personne dans le premier cas, un fonds dans le second. Il est bien vrai qu'en définitive, l'avantage en revient toujours à un individu; mais la servitude prédiale ne lui profite que par l'intermédiaire du fonds, et tant qu'il le garde ; au contraire, la servitude personnelle lui profite directement, n'eût-il aucun terrain.

Les servitudes prédiales et personnelles ont des traits marqués de ressemblance.

Nature. — Leur nature identique, c'est de constituer des démembrements de la propriété ; car les divers éléments du *dominium*, nous le savons déjà, peuvent se trouver distribués entre plusieurs mains. De ce principe relèvent trois conséquences importantes : 1° la servitude, comme la propriété, n'a jamais pour objet qu'une chose corporelle, et ne saurait notamment porter sur une autre servitude : *Servitus servitutis esse non potest ;* 2° on n'a jamais de servitude sur sa propre chose : *Nemini sua res servit, nemo ipse sibi servitutem debet ;* 3° puisque la propriété n'impose à personne aucune obligation active, il en est ainsi de la servitude ; elle n'entraîne jamais, à la charge de qui la subit, la nécessité d'accomplir un fait ou d'exécuter un ouvrage. Le maître de la chose asservie n'a d'autre devoir que de n'apporter aucun obstacle à la jouissance du titulaire de la servitude, ou de s'abstenir de certains actes que son droit de propriété par lui-même autoriserait. En d'autres termes, si la servitude est tantôt positive, tantôt négative pour qui l'exerce, elle est toujours négative pour qui la supporte ; elle consiste pour le premier *in faciendo, vel in habendo, vel in prohibendo*, mais seulement *in patiendo vel in non faciendo* pour le second. C'es tle sens de l'adage : *Servitus in faciendo consistere nequit* (f. 1, *Dig.*, 33-2 ; f. 26, *Dig.*, 8-2 ; f. 10, *Dig.*, 8-4).

Caractères. — Les servitudes présentent aussi deux caractères distinctifs.

Le plus grave, c'est d'avoir pour objet des services particuliers à retirer d'une chose. Si tel propriétaire s'obligeait uniquement à se priver d'une partie des services de son bien, sans les transférer à quelqu'un, il n'y aurait là ni servitude ni même engagement valable; pas d'intérêt, pas de droit. D'ailleurs, l'avantage des servitudes n'est pas nécessairement pécuniaire, et peut consister dans un simple agrément. Mais, comme il revêt des formes innombrables, la définition des servitudes ne saurait préciser l'utilité qu'elles procurent; c'est là ce qui les sépare de l'hypothèque. Elles diffèrent sous un autre aspect de la superficie et de l'emphytéose, qui embrassent indistinctement tout le profit d'une chose; les servitudes n'en absorbent qu'une portion déterminée (f. 15, *Dig.*, 8-1; ff. 3, 15, *Dig.*, 8-2).

L'autre signe des servitudes, c'est d'établir un rapport immuable entre le sujet et l'objet du droit. Le sujet est individuellement connu, personne ou fonds. Le rapport aura donc la même durée que ses deux termes, et s'éteindra par la disparition ou la transformation de l'un ou de l'autre. En conséquence, 1° les servitudes prédiales sont perpétuelles en fait; les servitudes personnelles sont viagères au plus; 2° les servitudes sont incessibles; 3° les servitudes persistent après l'aliénation de la chose asservie ou du fonds dominant.

SECTION PREMIÈRE

SERVITUDES PRÉDIALES (*Inst.*, II, t. III).

Les servitudes prédiales, *servitutes prædiorum*, supposent deux fonds de propriétaires différents, et consistent dans un avantage que l'un retire de l'autre, dans une charge que l'un subit au profit de l'autre. L'immeuble investi de la servitude, dans notre langue *fonds dominant*, s'appelle en latin *fundus cui servitus debetur;* l'immeuble grevé de la servitude, dans notre langue *fonds servant*, s'appelle en latin *fundus serviens*, *servus*, *qui servit*, *qui servitutem debet*.

§ I

Règles générales.

211. L'essence des servitudes prédiales, c'est que le service qui

en fait l'objet soit rendu par un fonds à un autre fonds, pour en augmenter l'utilité ou l'agrément, ou pour en faciliter l'exploitation. A défaut de cette condition, il peut y avoir servitude personnelle ou créance; il n'y aura pas servitude prédiale. De ce principe, qui est le pivot de la théorie, naissent d'importants corollaires :

1° *La servitude prédiale exige le voisinage des deux fonds.* Toutefois ce voisinage ne suppose pas la contiguïté ; l'appréciation n'en doit pas être matérielle, mais juridique et conforme à l'objet de la servitude (f. 5, p. 1, *Dig.*, 8-3 ; f. 38, f. 39, *Dig.*, 8-2).

2° *Il faut que la servitude prédiale procure utilité, valeur plus grande au fonds dominant* en lui-même, abstraction faite de son propriétaire. Tout avantage qui profite personnellement au *dominus*, sans profiter à l'immeuble, comme le droit de se promener, de chasser, de pêcher, fût-il établi pour tous les possesseurs présents et futurs, reste en dehors des *servitutes prædiorum*. C'est la règle qu'on ne peut établir une servitude prédiale, soit à la charge, soit en faveur d'une personne; Celsus l'exprimait en disant que la servitude est une qualité du fonds, *jura prædiorum sunt prædia qualiter se habentia* (f. 8, *Dig.*, 8-1 ; f. 86, *Dig.*, 50-16).

3° *L'étendue de la servitude est déterminée par les besoins du fonds dominant*, et ne peut les dépasser en vue des satisfactions personnelles du propriétaire de ce fonds (f. 5, p. 1, *Dig.* 8-3).

212. A ces conséquences de la définition théorique, on doit ajouter deux principes qui ne s'y rattachent pas directement.

4° *La servitude suppose une causa perpetua,* subtile application de l'idée de perpétuité qu'en avaient les Romains. Cette *causa perpetua*, c'est un état de choses assez stable pour que l'exercice actuel de la servitude n'en empêche pas l'exercice futur, pendant une durée indéfinie et dont le terme ne se montre pas. L'avantage accidentel et passager dont jouirait un immeuble ne serait donc pas une servitude ; car on n'y saurait voir une manière d'être, une qualité de cet immeuble. Dans la pratique, l'importance de la *causa perpetua* se révélait surtout à l'occasion des servitudes d'eau. Ainsi le *jus aquæ ducendæ* et le *jus aquæ hauriendæ* ne pouvaient s'établir que sur des sources, des eaux alimentées par une source, ou des eaux pluviales ; on ne les admettait point sur les réservoirs susceptibles de s'épuiser, comme les étangs, les citernes, ou même les lacs et les puits non entretenus par des eaux vives (f. 28, *Dig.*, 8-2 ; — f. 9 ; f. 23, p. 1, *Dig.*, 8-3).

5° *Les servitudes sont indivisibles.* — Cette règle ne veut pas dire que les avantages n'en puissent être mesurés, ne soient susceptibles de plus ou de moins; il va de soi que le constituant est maître de régler à son gré le *mode*, c'est-à-dire les conditions d'exercice de la servitude, par exemple, en précisant les jours et les heures de passage, la quantité d'eau à puiser, de sable à extraire, etc. L'indivisibilité signifie qu'une servitude prédiale ne saurait exister, soit au profit, soit à la charge d'une portion indivise d'un fonds, ni se décomposer elle-même en portions indivises. Ainsi le veut le bon sens ; un droit de passage, d'aqueduc, d'extraction de sable s'exerce de toute nécessité sur l'immeuble tout entier ou sur un point matériellement déterminé de l'immeuble ; comment s'exercerait-il sur une part indivise ? et comment une part indivise en pourrait-elle profiter seule ? De là résulte que :

a. La servitude ne s'établit jamais pour une portion indivise d'un fonds ; par conséquent, si des copropriétaires du fonds qu'il s'agit de rendre servant ou dominant, un seul ne peut ou ne veut consentir, la constitution est imposssible (f. 2, *Dig.*, 8-1 ; f. 19, *Dig.*, 8-3) ;

b. La servitude ne s'éteint jamais pour une portion indivise d'un fonds ; par conséquent, si la volonté ou la capacité de l'anéantir manque à l'un des copropriétaires du fonds dominant, ou si l'extinction n'est pas consentie à tous les copropriétaires du fonds servant, la servitude demeure intacte (f. 16, *Dig.*, 8-6) ;

c. Les actions relatives à une servitude ne sont pas susceptibles de s'intenter pour partie, qu'elles soient personnelles ou réelles (f. 17, *Dig.*, 8-1 ; — f. 4, p. 3-4, *Dig.*, 8-5).

§ II

Classification.

213. Les servitudes prédiales se divisent en servitudes rurales, *jura prædiorum rusticorum*. et servitudes urbaines, *jura prædiorum urbanorum*. Ces termes sont pris dans un autre sens qu'à propos de la tutelle ; on entend ici par *prædium rusticum* tout immeuble non bâti, même à la ville, et par *prædium urbanum* toute construction, même à la campagne. Si le même fonds comprend des terrains bâtis et d'autres non bâtis, le principal imprimera son caractère à tout le reste (f. 198, *Dig*. 50-16).

Sens précis de la division. — La recherche du sens précis de cette division est une des grandes difficultés de la matière. 1° Pour les uns, la nature de la servitude correspond à la nature du fonds dominant : est-il rural, la servitude est rurale ; est-il urbain, la servitude est urbaine. Mais on peut objecter que les textes considèrent toujours la servitude de passage comme rurale, abstraction faite de l'immeuble qui en profite. 2° Pour les autres, la nature de la servitude correspond à la nature du fonds servant. Mais on peut objecter que la servitude de gouttière est toujours urbaine, abstraction faite de l'immeuble qui la supporte. En outre, ces deux premiers systèmes donnent prise à d'autres objections qui leur sont communes. Il faut remarquer notamment que la division des servitudes urbaines et rurales est du plus haut intérêt pratique, au double point de vue de leur constitution et de leur extinction ; on ne doit pas dès lors admettre qu'une même servitude puisse, d'après la nature du fonds dominant ou servant, être tantôt urbaine, tantôt rurale (*Dig.*, 8-3 ; f. 2, *Dig.*, 8-2).

Mieux vaut s'attacher, pour une distinction de cette importance, à l'essence propre, aux caractères internes de la servitude elle-même. Dans cette voie, deux opinions sont encore en conflit : 1° La première examine, pour chaque servitude donnée, si la conception en est nécessairement liée dans l'esprit à l'idée de construction, ou si elle en est indépendante ; au premier cas, on la dit urbaine ; au second cas, on la dit rurale. Cette explication rend assez bien compte des textes ; mais elle paraît trop fine et trop abstraite pour notre matière des servitudes, que les nécessités de l'agriculture développèrent de très-bonne heure, en des temps peu favorables à de telles subtilités. 2° Peut-être vaut-il mieux préférer une quatrième doctrine. On verra bientôt un mode d'extinction, qualifié d'*usucapio libertatis*, s'appliquer uniquement aux servitudes urbaines ; or, il n'a d'autre raison d'être que la *continuité*. Sont donc urbaines les servitudes continues, c'est-à-dire dont l'exercice ne suppose pas le fait actuel de l'homme; sont rurales les servitudes discontinues, c'est-à-dire dont l'exercice suppose le fait actuel de l'homme et subit conséquemment des interruptions. Le nom des unes et des autres peut venir de cette remarque incontestable que les servitudes continues se rattachent le plus souvent aux fonds bâtis, et les servitudes discontinues aux fonds non bâtis.

Aucun de ces divers systèmes n'est à l'abri de toute critique.

Mais si la classification romaine des servitudes reste nuageuse dans la théorie, l'intérêt pratique en est profond et visible : 1° les servitudes rurales sont *mancipi*, les servitudes urbaines *nec mancipi* ; 2° les premières s'éteignent par le non-usage, les secondes par l'*usucapio libertatis* ; 3° les premières peuvent faire l'objet d'une hypothèque, non les secondes.

214. **Exemples de servitudes rurales.** — En exemple de servitudes rurales, Justinien cite (pr. p. 2, *hic*) :

1° *Iter*, *actus*, *via*, qui correspondent à notre servitude de passage. *Iter*, c'est le *jus eundi*, ou droit de passer, soit à pied, soit à cheval. *Actus*, c'est le *jus agendi*, ou droit de passer avec des troupeaux ou véhicules. *Via* contient *iter* et *actus*, et confère en outre le droit de transporter des pierres ou matériaux. De plus, si la sauvegarde des arbres et récoltes du fonds servant nécessite un chemin pour le passage, et que les parties ne l'aient pas fixé, un arbitre le détermine au cas d'*iter* et d'*actus* ; mais au cas de *via*, les Douze Tables le règlent elles-mêmes à la largeur de huit pieds dans la ligne droite, *in porrectum*, et de seize pieds dans les contours, *in anfractum* (f. 7 ; f. 8 ; f. 12 ; f. 13, p. 1, *Dig.*, 8-3).

2° *Aquæductus* ; c'est le droit d'amener de l'eau à son fonds par le fonds voisin, au moyen de rigoles, tuyaux ou conduits, suivant les clauses (f. 17, p. 1, *Dig.*, 39-3).

3° Outre ces quatre servitudes toujours mises en relief dans les textes, à raison de leur plus grande ancienneté, les Institutes indiquent encore le droit de puisage, *aquæ haustus*, le droit d'abreuvage, *pecoris ad aquam appulsum*, etc.

215. **Exemples de servitudes urbaines.** — En exemple de servitudes urbaines, Justinien cite (p. 1, *h. tit.* et IV, t. VI, p. 2) :

1° D'abord des servitudes faciles à comprendre, *jus prospiciendi*, ou droit de prospect ; *jus projiciendi*, ou droit d'avoir un balcon ou saillie, *jus tigni immittendi*, ou droit d'appuyer sur le mur du voisin des matériaux et ouvrages légers.

2° Le *jus oneris ferendi* est le droit d'appuyer sur le mur du voisin des constructions et gros ouvrages. Cette servitude paraît exceptionnelle, en ce qu'elle oblige le maître du fonds servant *ad faciendum*, c'est-à-dire à l'entretien convenable de sa muraille. Mais l'effet de cette obligation, plutôt réelle que personnelle, est bien

atténué par la faculté qu'on lui laisse de s'y dérober en abandonnant sa propriété (f. 6, p. 2, *Dig.*, 8-5) ;

3° Le *jus altiùs non tollendi* ou *tollendi* soulève de sérieuses difficultés. Quant au *jus altiùs non tollendi*, c'est le droit d'empêcher que le propriétaire voisin ne fasse ou n'exhausse des constructions sur son fonds. Par conséquent, le *jus altiùs tollendi* est le droit inverse de construire chez soi ; mais cette faculté rentre dans l'exercice normal de la propriété ; pourquoi donc la qualifier de servitude? On a supposé, pour la solution de ce problème, qu'en l'hypothèse où le *jus altiùs non tollendi* est l'objet d'une remise totale ou partielle, la liberté de bâtir, désormais rendue au maître du fonds servant, constituerait le *jus altiùs tollendi*. Mais il est impossible de voir, dans l'extinction ou la restriction d'une servitude préexistante, autre chose qu'un retour au droit commun de la propriété ; il n'en résulte assurément la constitution d'aucune servitude nouvelle. Notre question se tranche mieux en supposant que des lois spéciales ou des statuts locaux prescrivaient dans certaines régions une limite à la hauteur des édifices, et que le *jus altiùs tollendi* était le droit de la dépasser. En fait, l'existence de pareils règlements est hors de doute. On objecte dédaigneusement que des conventions entre particuliers ne pourraient modifier ces dispositions administratives et d'ordre public. Mais comme elles ne tendaient qu'au bien réciproque des voisins, on conçoit *à priori* qu'elles aient pu elles-mêmes prévoir, permettre et valider certaines exceptions consenties par les intéressés. Cet aperçu théorique trouve sa confirmation dans un texte formel, qui reconnaît aux habitants la faculté de déroger à de telles décisions ; c'est précisément cette dérogation qui constitue le *jus altiùs tollendi* (f. 1, *Dig.*, 39-1 ; C. 1 ; C. 12, p. 1, 4, *Cod.*, 8-10).

4° Il s'élève une controverse analogue sur le *jus stillicidii recipiendi* ou *non recipiendi*. La première de ces servitudes est le droit très-compréhensible d'écouler sur le fonds d'autrui l'eau qui tombe d'un toit; la seconde est le droit de se refuser à cet écoulement, droit qui n'a rien des caractères habituels de la servitude, puisqu'il n'excède pas l'exercice normal de la propriété. Là se reproduisent les mêmes doctrines qu'à l'occasion du *jus altiùs tollendi*. La plus plausible se fonde encore sur l'existence de règlements locaux qui imposaient aux voisins l'obligation réciproque de recevoir les eaux de leurs toits, en leur permettant l'établissement de la servitude

contraire *stillicidii non recipiendi*. Il est vrai que les textes font ici défaut; mais on y supplée sans témérité par une induction tirée du cas précédent.

§ III

Constitution.

Il faut distinguer trois époques ou législations pour la constitution des servitudes.

216. **Droit civil**. — D'après le droit civil, la constitution d'une servitude se réalise par *translatio* ou par *deductio*.

La servitude est constituée *translatione*, lorsqu'un propriétaire grève son fonds au profit du fonds d'autrui. Or il y faut employer les modes d'acquérir la propriété, réserve faite de certaines différences graves. D'abord la mancipation ne peut transférer que les servitudes rurales, seules rangées parmi les *res mancipi*. Rurales ou urbaines, elles sont toutes des *res incorporales*, ce qui leur rend inapplicables l'occupation, la tradition, l'usucapion; car si l'usucapion procure l'acquisition des servitudes avec la propriété qu'elles accompagnent, elle ne saurait les procurer séparément, tout au moins depuis une loi Scribonia qu'on s'accorde à placer en l'an 720 de Rome. Restent donc à mettre en œuvre l'*in jure cessio*, le plus commode des procédés; l'*adjudicatio*, quand les deux fonds sont compris dans la même action divisoire, et que le *judicium* est *legitimum ;* enfin le legs *per vindicationem*, soit que l'un des deux fonds demeure *in hereditate*, soit qu'ils se trouvent légués l'un et l'autre. Comme on le voit, les servitudes s'établissent *inter vivos* ou *mortis causâ* (f. 4, p. 29; f. 10, p. 1, *Dig.*, 41-3; — f. 7, p. 1; f. 18, *Dig.*, 10-3).

La servitude est constituée *deductione*, lorsque le propriétaire de deux fonds la retient, au profit de l'un, sur l'autre qu'il aliène. Par ce moyen, une servitude urbaine ou rurale peut résulter indirectement d'une mancipation, d'une *in jure cessio*, d'un legs, dont l'objet direct est l'immeuble transféré; mais la tradition ne se prête pas à cette pratique (*Gaïus* II, 33; *Fr. Vat.* 47).

Les servitudes, perpétuelles de leur nature, répugnent à toute modalité résolutoire, expresse ou tacite, *dies ad quem* ou *conditio ad quam*. Mais tandis que de pareilles clauses annuleraient une translation de propriété, elles font seulement réputer pure et simple la constitution de servitude. Cette différence vient peut-être de ce qu'il

est dans la nature du droit de servitude de s'éteindre un jour. Les modalités suspensives sont au contraire admises en notre matière; toutefois la forme solennelle de l'*in jure cessio,* de l'*adjudicatio*, de la mancipation, ne les comporte que tacites, tandis qu'il est permis de les exprimer dans le legs (f. 3, *Dig.*, 33-3; f. 77, *Dig.*, 50-17).

217. **Droit prétorien.** — Le préteur adoucit d'abord la rigueur du droit civil en faisant respecter, par des exceptions de dol ou de pacte, les servitudes adjugées dans un *judicium imperio continens*, ainsi que les modalités résolutoires (f. 4, *Dig.*, 8-1).

Sa réforme principale fut d'admettre une *quasi possessio* correspondante aux servitudes, comme la loi quiritaire avait admis une possession correspondante à la propriété; cette innovation prévalut sur la fin du premier siècle de notre ère. En quoi consiste la *quasi possessio?* Pour les servitudes positives, elle résulte, indépendamment de tout titre, des actes réalisés ou des travaux exécutés sur le fonds servant; pour les servitudes négatives, elle réside dans l'abstention même du propriétaire de l'immeuble grevé, pourvu que cette abstention, au lieu d'être libre et spontanée, s'explique par un titre quelconque, convention ou testament. Alors les résultats s'engendrent en foule:

1° Les servitudes peuvent s'établir par une quasi-tradition; on la répute faite dès l'instant où le maître du fonds dominant commence à les exercer avec la volonté du maître asservi. En conséquence, le préteur confirmera désormais la *deductio servitutis* retenue dans une tradition et l'apposition de toute modalité suspensive. Du même coup, le fonds provincial devient susceptible de servitudes, puisqu'on n'a d'autres moyens de les créer que les modes quiritaires (f. 1, p. 2, *Dig.*, 8-3; f. 6, *Dig.*, 8-4).

2° Constituée *à non domino*, la servitude s'acquiert par une *quasi possessio longi temporis* soumise sans doute aux mêmes cond tions de temps et de bonne foi que la prescription de droit commun. Quant au *justus titulus*, deux textes dispensent d'en faire preuve pour la servitude positive, non entachée de précarité, violence ou clandestinité; mais il reste nécessaire à la servitude négative, qui pourrait sans cette exigence résulter d'une quasi-possession clandestine (f. 10, *Dig.*, 8-5; C. 1, *Cod.*, 3-34).

3° Aux servitudes établies par ces nouveaux procédés, et qui sont dépouillées de l'action confessoire proprement dite, le préteur

attache une exception, une action confessoire utile, et des interdits quasi possessoires (f. 20, *Dig.*, 8-1; f. 16, *Dig.*, 8-5).

218. **Droit de Justinien.** — Les deux législations civile et prétorienne sont fondues ensemble par Justinien. La mancipation et l'*in jure cessio* n'existent plus; les modes de constitution des servitudes sont dorénavant la *deductio* dans une tradition, la *quasi traditio*, la *quasi præscriptio longi temporis*, toute sorte de legs, l'adjudication dans un *judicium* quelconque. S'il fallait même en croire l'empereur, elles s'établiraient aussi par des pactes et des stipulations; c'est là une grosse question qui embarrasse également la théorie de l'usufruit, et que nous y retrouverons. Il va de soi que Justinien adopte toutes les décisions du préteur sur le terme et la condition.

§ IV

Extinction.

219. Les servitudes subissent cinq causes principales d'extinction :

1° Le *non-usage* ou cessation d'exercice. Certaines règles sont ici communes aux servitudes urbaines et rurales. Ainsi la durée du délai extinctif est indistinctement de deux ans à l'époque classique, et sous Justinien de dix ans entre présents, de vingt ans entre absents. De plus, le droit survit au non-usage, quand le fonds dominant appartient pour le tout ou par indivis à un pupille ou à une personne en curatelle : c'est la combinaison du sénatus-consulte de Sévère avec l'indivisibilité des servitudes (Paul, I, t. XVII, p. 1; C. 13, *Cod.*, 3-34 ; f. 10, *Dig.*, 8-6).

Mais le point de départ du délai extinctif est loin d'être le même dans les deux classes de servitudes.

Pour les servitudes rurales, on le place au jour du dernier acte fait en exercice du droit, sans différence entre l'inaction volontaire et l'impossibilité matérielle d'user. Un tiers quelconque, associé, usufruitier, possesseur de bonne ou de mauvaise foi, même un simple passant, peut arrêter l'effet de l'inaction du titulaire de la servitude, en l'exerçant *fundi nomine*, c'est-à-dire dans la connaissance du droit qui appartient au fonds. Mais en présence d'une impossibilité matérielle d'user, l'extinction est inévitable; et si l'obstacle vient à disparaître après l'expiration du non-usage, le titulaire dépouillé n'aura d'autre ressource que d'obtenir du pro-

priétaire précédemment asservi une reconstitution à l'amiable, ou de l'empereur une *restitutio* (f. 5, 6, 20 à 25, *Dig.*, 8-6 ; f. 34, p. 1 ; f. 35, *Dig.*, 8-3).

Pour les servitudes urbaines, le point de départ de la période fatale ne se place qu'au jour où l'exercice de la servitude est absolument paralysé par un état de fait contraire. L'obstacle doit consister, soit dans un acte volontaire du maître grevé ou d'un tiers, soit dans la confection des travaux que la servitude empêchait, soit dans la destruction même fortuite des travaux qu'elle nécessitait. C'est à raison de cette possession directement en lutte avec la servitude, que le non-usage était ici qualifié de *libertatis usucapio*, sans exiger d'ailleurs les conditions de l'usucapion proprement dite. La continuité des servitudes urbaines et la discontinuité des servitudes rurales peuvent seules expliquer cette curieuse dissemblance de règles (*suprà*, n° 213) ;

2° La *perte complète du fonds dominant ou servant*. Toutefois, si le fonds dominant est une maison, la reconstruction de cette maison, avant la fin du délai de non-usage, ferait revivre la servitude (f. 20, *Dig.*, 8-2);

3° La *confusion*, ou réunion des deux fonds dans les mains du même propriétaire. La séparation ultérieure des deux immeubles, à la suite d'une aliénation ou d'un partage, ne ranimerait pas la servitude, les signes en fussent-ils encore visibles ; le droit romain ne connaît pas ce que nous appelons la destination du père de famille (f. 1, *Dig.*, 8-6 ; f. 30, *Dig.*, 8-2 ; *Cod.*, *civ.*, art. 692-694) ;

4° La *remise ou renonciation* consentie par le maître du fonds dominant au maître du fonds servant. Dans l'ordre civil, elle se réalisait au moyen de la mancipation pour les servitudes rurales, et pour toutes par l'*in jure cessio ;* mais dans l'ordre prétorien, une simple remise expresse ou tacite produirait l'exception de dol ou de pacte. Justinien se contente ; d'une manifestation quelconque de volonté ;

5° La *résolution du droit du constituant ;* il en serait autrement de la résolution du droit du titulaire, et la servitude y résisterait (f. 11, p. 1-2, *Dig.*, 8-6).

SECTION DEUXIEME

SERVITUDES PERSONNELLES (*Inst.*, II, t. IV et V).

220. Sont personnelles les servitudes établies sur un immeuble ou sur un meuble au profit d'une personne. Elles diffèrent des servitudes prédiales sous trois aspects intéressants : 1° on ne saurait les constituer, ni même les devoir, s'il n'y a un sujet qui puisse immédiatement en profiter ; c'est ainsi qu'il est impossible au *servus hereditarius* de les acquérir ou de les stipuler pour l'hérédité jacente, à la différence des autres droits en général ; 2° elles sont viagères au plus ; 3° elles sont toujours positives, c'est-à-dire *in faciendo*, dans leurs conséquences principales.

§ I

Usufruit (*Inst.* II, t. IV).

221. L'usufruit occupe le premier rang parmi les servitudes personnelles. Les Institutes en donnent une définition célèbre : *Est jus alienis rebus utendi fruendi, salvâ rerum substantiâ.* Sans nous attarder à l'examen des explications diverses qu'ont soulevées ces trois derniers mots du texte, nous entendrons en cette matière par *substantia*, non l'objet lui-même, mais sa forme actuelle et la destination dont elle est le signe. En disant que l'usufruit est le droit d'user et de jouir de la chose corporelle d'autrui, suivant sa manière d'être présente, on aura traduit exactement la pensée de Justinien (*Inst.* pr. *hic*).

Contrairement aux servitudes prédiales, l'usufruit est divisible, en ce sens qu'il peut exister sur une part indivise ou divise de l'objet ; il est donc susceptible d'une constitution ou d'une extinction partielle (f. 5, *Dig.*, 7-1).

222. **Effets principaux.** — L'usufruit dépouille du *jus utendi* et du *jus abutendi* le propriétaire de la chose, et ne lui laisse que le dernier des trois éléments de la propriété, c'est-à-dire le *jus abutendi* ou droit de disposition. Encore même ne peut-il détruire ni transformer la *res*, et pour l'aliéner il est toujours dans une position défavorable. Ainsi privé des avantages prédominants de la propriété, il reçoit le nom de *nudus dominus*, parce qu'il n'a guère plus qu'un *nudum dominium*.

Quant à l'usufruitier, on l'appelle en latin *usufructuarius* ou *fructuarius*, et la chose se nomme *res usufructuaria* ou *fructuaria*. Ses droits et ses obligations sont à considérer dans un tableau d'ensemble.

223. *Droits de l'usufruitier*. — Les droits de l'usufruitier sont l'*usus* et le *fructus*.

A. L'*usus*.

On sait déjà que l'*usus* est la faculté de se servir de la chose telle qu'elle est, avec ses accessoires physiques, comme les animaux ou instruments attachés à l'exploitation, et ses accessoires juridiques, comme les servitudes prédiales de simple usage (f. 15, p. 6-7, *Dig.*, 7-1).

B. Le *fructus*.

Le *fructus* est plus étroit dans l'usufruit qu'il ne le serait dans la propriété. C'est ici le droit de recueillir ceux des produits de la chose qui ont la nature de fruits, à l'exclusion des produits extraordinaires ou proprement dits, que conserve le nu-propriétaire (*suprà*, n° 175).

Sont toujours qualifiés de fruits, et attribués à l'usufruitier : les blés, céréales, foins, légumes, productions des arbres, ainsi que le lait, la laine, le poil, le fumier, les petits des animaux (*Inst.* II, t. I, p. 37).

En revanche sont toujours qualifiés de produits extraordinaires, et réservés au *nudus dominus*, les enfants de la femme esclave, *partus ancillarum* (*Inst. eod.*, *l.*).

Enfin sont tantôt fruits, tantôt produits : 1° les arbres ; on les répute fruits en pépinière comme en bois taillis, *sylvæ cæduæ* ; mais on les répute produits en hautes futaies, à moins qu'il n'y ait pour l'usufruitier de revenus possibles que les coupes ; 2° les matériaux extraits des mines ou carrières ; l'usufruitier peut en continuer l'exploitation ouverte avant le début de son droit, mais n'est pas admis à la commencer ; 3° le gibier et le poisson ; ils sont compris dans l'usufruit du fond qui ne produit pas d'autre avantage (*Inst.* II, t. I, p. 37 ; f. 9, 13, 48, *Dig.*, 7-1 ; f. 22. *Dig.*, 7-8).

A quel moment les fruits entrent-ils dans le patrimoine de l'usufruitier ? On a posé deux règles différentes pour les fruits naturels et pour les fruits civils.

L'usufruitier ne gagne les fruits naturels que par la perception, c'est-à-dire lorsqu'il les a détachés ou ramassés, soit lui-même,

soit par son représentant. Si donc un voleur les détache ou les ramasse, ils appartiennent au *nudus dominus*, qui se trouve seul investi de l'action *rei persecutoria*, revendication ou *condictio furtiva;* l'usufruitier n'a que l'action pénale *furti*, inférieur en tous ces points au possesseur de bonne foi, qui acquiert les fruits par la simple séparation. Du reste, l'usufruitier et le nu propriétaire ne se doivent réciproquement aucune indemnité pour les fruits qu'ils laissent pendants au commencement ou à la fin de l'usufruit (f. 12, p. 5; f. 27, *Dig.*, 7-1; art. 585, *Cod. civ.*).

Les fruits civils au contraire, c'est-à-dire les revenus perçus à l'occasion de choses non frugifères de leur nature, tels que les loyers de maisons, d'esclaves ou de meubles, ne s'acquièrent point par la perception; l'usufruitier les gagne jour par jour. En d'autres termes, le loyer d'un an se divise en trois cent soixante-cinq parties égales, et l'usufruitier touchera autant de ces parties que son droit aura duré de jours, sans tenir compte des échéances du prix de bail (f. 25, p. 2; f. 26, *Dig.*, 7-1; *Cod. civ.*, art. 586).

L'usufruitier peut louer, et même aliéner à titre onéreux ou gratuit l'exercice de l'usufruit. Pour l'usufruit lui-même, il est absolument incessible, comme toutes les servitudes; il reste donc fixé sur la tête du titulaire, en ce sens qu'il s'éteindra toujours de son chef, et qu'à lui seul appartient l'action confessoire (*Inst.* II, t. V. p. 1).

224. *Obligations de l'usufruitier.* — Du droit de l'usufruitier aux fruits de la chose d'autrui, découlent ses trois principales obligations civiles: 1° Il doit supporter les dépenses considérées comme charge des revenus, par exemple, les impôts ordinaires ou extraordinaires. 2° Il doit entretenir la chose, suivant sa destination. Libre à lui d'y faire des embellissements ou des améliorations; mais il ne peut ni la dégrader, ce qui s'explique par sa qualité de détenteur de l'objet d'autrui ni la transformer, ce qui s'explique par la nature spéciale de son droit. A ce principe se rattache la nécessité de remplacer les arbres ou vignes qui ont péri, et, pour l'usufruitier d'un troupeau, l'obligation de combler les vides par le croît, de manière à ne profiter des petits que si le troupeau est complet. 3° Il doit rendre la chose après l'extinction de l'usufruit. Toute dégradation active de la *res fructuaria* produit contre l'usufruitier l'action de la loi Aquilia, et son refus de restituer le soumet à la revendication (f. 7, p. 2; f. 13, p. 4, 7, 8; *Dig.*, 7-1; f. 28, *Dig.*, 33-2; *Inst.* II, t. I, p. 38).

Le préteur alla plus loin, en mettant à l'usufruit une double condition préalable. L'usufruitier dut prendre l'engagement de jouir en bon père de famille, et de restituer la chose au terme de son droit ; en outre, il dut garantir cette promesse par un fidéjusseur. La caution ou *satisdatio* est préliminaire à l'usufruit; si l'usufruitier ne l'a pas fournie, le nu propriétaire peut lui refuser la délivrance, ou le poursuivre par une *condictio* après la prise de possession. Promesse et caution offrent un triple avantage : 1° l'usufruitier devient responsable, non plus seulement de son fait actif qui l'exposerait à l'action de la loi Aquilia, mais aussi de toutes ses négligences ; 3° le nu propriétaire est admis à réclamer la restitution en qualité de créancier, ce qui le dispense de faire la preuve souvent difficile de sa propriété; 2° les héritiers et le fidéjusseur de l'usufruitier sont passibles de la même action personnelle *ex stipulatu* (ff. 7, 13, 15, p. 7, *Dig.*, 7-1).

225. **Constitution.** — La constitution de l'usufruit, comme des servitudes prédiales, est diversement réglée par le droit civil, le droit prétorien et le droit de Justinien.

1° *Dans le droit civil,* l'usufruit peut résulter *deductione* de toute aliénation, même réalisée par une mancipation; la tradition seule ne s'y prêterait pas. Mais pour le créer directement ou *translatione*, on ne saurait faire usage de la mancipation, puisqu'il n'est pas au nombre des *res mancipi*, ni des modes d'acquérir fondés sur la possession, c'est-à-dire de l'occupation, de la tradition et de l'usucapion, puisqu'il est au nombre des *res incorporales*. La source habituelle de l'usufruit est d'ailleurs le legs *per vindicationem*, soit qu'on lègue l'usufruit, soit qu'on lègue la chose, soit qu'on lègue à l'un l'usufruit, à l'autre la chose *deducto usufructu*. Il faut noter que les meubles situés en province n'ont rien qui se refuse à l'établissement de la servitude personnelle (*Gaïus*, II, 32 ; *Inst.*, p. 1, *hic*).

Les modalités suspensives et résolutoires s'appliquent sans difficulté à l'usufruit, qui est de nature essentiellement temporaire; mais la forme du mode de constitution ne s'y prête pas toujours. Le legs les comporte toutes sans distinction, par *deductio* comme par *translatio;* l'adjudication et l'*in jure cessio* ne peuvent admettre qu'une translation *ad diem vel ad conditionem* (*Fragm. Vat.* 48, 49, 50).

2° Les *réformes du préteur* sont ici les mêmes qu'à propos de servitudes prédiales ; il admet la *quasi possessio*, la *quasi traditio*, la *quasi præscriptio longi temporis* (C. 12, *Cod.*, 7-33).

3° *Sous Justinien*, les servitudes personnelles se créent de même façon que les servitudes prédiales; il n'y a d'autres différences que le délai de la *præscriptio*, qui est de trois ans pour l'usufruit des meubles, et l'organisation d'un usufruit légal du père sur le pécule adventice de l'enfant (C. 6, *Cod.*, 6-61).

Mais s'il fallait en croire les Institutes, l'usufruit et les servitudes prédiales pourraient aussi s'établir par des pactes et des stipulations. Le procédé n'offre pas de difficultés en lui-même. Primus veut consentir une servitude à Secundus; la nature, les détails, les conditions d'exercice en sont réglés par un pacte, et Primus promet par stipulation le paiement d'une somme à titre de peine, pour le cas où quelque obstacle de sa part gênerait la jouissance de Secundus. Le droit réel de servitude n'est pas constitué; il y a lieu à l'action *ex stipulatu*, non à l'action *confessoria*, et rien ne sera transmis activement ni passivement aux acquéreurs à titre particulier. Car le principe élémentaire et fondamental de la loi romaine, c'est que ni contrats ni pactes ne sont translatifs de droits réels; un tel effet n'appartient qu'aux modes d'acquérir. La jurisprudence de l'époque classique recourait aux pactes et stipulations dans certaines hypothèses où l'établissement d'une vraie servitude était manifestement impossible; on se contentait alors d'équivalents de fait; Gaïus signalait l'utilité de cet expédient pour les fonds provinciaux, théoriquement inaccessibles à la propriété quiritaire, et par suite à ses démembrements. Ce texte du grand jurisconsulte fut maladroitement transcrit et généralisé dans les Institutes : c'était oublier ou méconnaître l'assimilation dès longtemps établie, entre les *prædia provincialia* et les fonds italiques. Mais en reproduisant les paroles de Gaïus, Justinien leur a certainement conservé leur sens originaire; les pactes et stipulations n'ont pas et ne sauraient avoir la force de créer directement un droit réel (*Inst.*, p. 1, *hic*, et *tit.* 3, p. 4; *Gaïus*, II, 31 ; C. 20, *Cod.*, 2-3).

226. **Extinction.** — L'usufruit prend fin de sept manières différentes, qui sont :

1° La *mort du titulaire*. Si l'usufruitier est un fils ou un esclave, le droit classique attache l'extinction à la mort du *paterfamiliâs* pour l'usufruit établi *inter vivos*, à la mort du fils ou de l'esclave pour l'usufruit établi *mortis causâ*. Justinien fait durer jusqu'à la mort du maître l'usufruit acquis par l'esclave, jusqu'à la mort du

survivant l'usufruit acquis par le fils. L'usufruit attribué à une personne morale s'éteint par l'anéantissement de cet être fictif ou par un laps de cent ans (*Frag. Vat.*, 57 ; C. 17, *Cod.*, 3-33 ; f. 56, *Dig.* 7-1 ; f. 21, *Dig.* 7-4).

2° L'*accomplissement de la modalité résolutoire*, quand nulle autre cause de perte n'est survenue *ante diem*. L'usufruit constitué jusqu'à tel âge d'un tiers dure, malgré la mort de ce tiers, le temps nécessaire pour y atteindre (C. 12, *Cod.*, 3-33 ; Cf. *Cod. civ.*, art. 619 620).

La mort et le terme sont les deux fins régulières de l'usufruit, *finitur ;* les cinq autres sont anormales, *amittitur* (*Paul*, III, t. VI, p. 28, 33) ;

3° *Toute capitis deminutio* dans le droit classique ; sous Justinien, la *maxima* et la *media* seulement. On se demandait si l'usufruit acquis par le fils ou l'esclave s'éteignait *ex personâ patris*, ou plutôt par la *deminutio* du fils et l'aliénation ou l'affranchissement de l'esclave ; cette question fut résolue comme au cas de décès (C. 17, *Cod.*, 3-33 ; *Inst.*, p. 3, *hic*) ;

4° La *renonciation faite au nu propriétaire ;* elle relève des mêmes règles et distinctions que la remise des servitudes prédiales ;

5° La *consolidation*, c'est-à-dire l'acquisition de la nue propriété à l'usufruitier ; elle peut n'être que partielle, en raison de la divisibilité de l'usufruit. Le droit revivrait, si la cause de la consolidation venait plus tard à disparaître rétroactivement (f. 57, *Dig.*, 7-1) ;

6° La *mutatio rei*, c'est-à-dire tout événement qui détruit la *res fructuaria*, ou qui en change la destination et le nom ; l'usufruit ne persiste pas sur les restes (f. 5, p. 2 ; f. 10, p. 1-8 ; f. 30, *Dig.*, 7-4 ; *Inst.*, p. 3, *hic*) ;

7° Le *non-usage*, d'un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles au temps classique, et sous Justinien de trois ans pour les meubles et dix ou vingt ans pour les immeubles. Cette extinction est empêchée par toute jouissance d'un tiers au nom de l'usufruitier, ainsi que par la vente ou la location de l'exercice du droit (f. 38, 39, *Dig.*, 7-1 ; *Paul*, III, t. VI, p. 30 ; C. 16, *Cod.*, 3-33).

Quasi-usufruit. — On entend par quasi-usufruit le droit établi comme équivalent d'un usufruit impossible. Il y en a deux applications principales.

227. *Sur les choses consumptibles.* — L'usufruit ne saurait exister sur les choses qui se consomment par le premier usage, telles que

l'argent et les denrées ; car à l'égard de ces objets, *uti* c'est *abuti*, et l'usufruitier n'a pas le *jus abutendi*. Au temps d'Auguste ou de Tibère, un sénatus-consulte combla cette lacune.

Le quasi-usufruit organisé par le sénat diffère essentiellement de l'usufruit; en effet, il confère un vrai droit de propriété sur les choses consumptibles, dont le quasi-usufruitier peut disposer en toute liberté. Il est seulement tenu de deux obligations : 1° Il doit restituer, en vertu d'un contrat de stipulation, dont la formule exprime que la restitution sera faite à l'époque où prendrait fin un usufruit proprement dit. Cette restitution porte, quand il s'agit d'argent, sur une somme égale, et, dans toute autre hypothèse, sur une même quantité de choses de même nature et de même qualité, ou le plus souvent sur leur valeur appréciée dès le début par une estimation qui vaut vente. Il va de soi que les risques sont à la charge du débiteur. 2° Le quasi-usufruitier doit une *satisdatio*, exigible par les mêmes voies que la caution de l'usufruitier.

Bref, le quasi-usufruit met en présence un créancier au lieu du *nudus dominus*, et un propriétaire débiteur de la valeur reçue au lieu de l'usufruitier (*Inst.*, p. 2, *h. tit.*; *Dig.*, 7-5).

228. *Sur les choses incorporelles.* — Le sénatus-consulte fut étendu à diverses choses incorporelles, telles que :

1° Les créances. Établi au profit du débiteur, le quasi-usufruit du *nomen* le dispense de payer les intérêts, ou même le capital avant sa mort, nonobstant toute échéance de la dette ; il l'exerce par l'exception de dol; la fin du droit amène le remboursement de la somme due. Établi au profit d'un tiers, ce quasi-usufruit lui permet de toucher, soit les intérêts, soit le capital une fois échu, au moyen d'une *procuratio in rem suam*, qui lui est consentie par le créancier ; la restitution consiste dans la renonciation à la *procuratio* et dans le versement du capital (f. 3, 4, *Dig.*, 7-5) ;

2° Les servitudes rurales. Elles ne comportaient pas d'usufruit, *quia servitus servitutis esse non potest*. Cependant un testateur arrivait à tourner aisément la prohibition par un legs. Car l'héritier, pour exécuter ce legs, abandonnait l'exercice de son droit réel au légataire, ou même, en abdiquant provisoirement la servitude, il en faisait établir une exactement pareille, par le propriétaire asservi, au profit du légataire ; la mort de ce dernier mettait fin à son quasi-usufruit, et l'héritier reprenait la jouissance ou demandait la reconstitution de la servitude primitive (f. 1, *Dig.*, 33-2) ;

3° La totalité ou la quote-part d'une hérédité. Si l'usufruit en est légué, le légataire sera véritablement usufruitier des corps certains de la succession, et seulement quasi-usufruitier des choses consumptibles et des créances. Il supportera les intérêts du passif dans la proportion de sa jouissance (f. 24, f. 37, f. 43, *Dig.* 33-2).

Dans tous ces cas, le quasi-usufruit impose l'obligation habituelle de fournir promesse et satisdation.

§ II

Autres servitudes personnelles.

229. Les autres servitudes personnelles, qu'il suffira de comparer avec l'usufruit, sont l'usage, l'habitation, et les *operæ servi aut animalis*.

Usage. — L'usage s'établit et s'éteint par les mêmes modes que l'usufruit. Quatre différences l'en séparent :

1° Il est indivisible (f. 19, *Dig.* 7-8).

2° Il ne comporte que le *jus utendi* ou faculté de se servir de la chose; encore doit-il se combiner avec les besoins de l'agriculture, en sorte que l'usager ne peut expulser le fermier, ni gêner le propriétaire dans son exploitation. L'usager est exclu des produits; mais l'application rigoureuse de ce principe réduirait parfois son droit à n'être qu'illusoire, et d'un autre côté la règle est d'interpréter avec largeur les testaments et legs, source ordinaire de l'usage. Aussi les textes admettent-ils, en faveur du titulaire de cette servitude, des concessions de fait et restreintes à la mesure de ses nécessités, sur certains fruits, tels que légumes, bois, fumiers, etc. (*Inst.*, p. 1, *h. tit.*).

3° L'usage paraît encore plus personnel que l'usufruit, et l'exercice même n'en est pas aliénable ; car la manière d'user des choses change avec les individus. Tout au plus est-il permis à l'usager de louer, dans la maison grevée de son droit, et pourvu qu'il y habite lui-même, les appartements qui lui sont superflus (*Inst.*, p. 2, 3, *h. tit.* f. 4, *Dig.* 7-8).

4° L'usager, tenu *cum satisdatione* de jouir en bon père de famille et de restituer, ne supporte pas seul les charges de la jouissance, à moins qu'il ne s'agisse d'un objet qui ne donne pas de fruits (f. 5, p. 1, *Dig.* 7-9; f. 18, *Dig.* 7-8).

Habitation. — L'habitation ne se confond pas avec l'usage d'une

maison : 1° l'exercice du *jus habitandi* peut être loué, mais non vendu ni donné ; 2° il ne s'éteint ni par le non-usage, ni par la *capitis deminutio*; 3° constitué par donation entre-vifs, il n'est pas opposable aux héritiers du donateur (*Inst.*, p. 5, *hic;* f. 10, *Dig.* 7-8 ; f. 32, *Dig.* 39-5).

Operæ servi aut animalis. — Le droit aux *operæ* d'un esclave ou d'un animal se rapproche de l'habitation en ce qu'il ne s'efface ni par le non-usage, ni par *capitis deminutio.* Mais il disparaît par l'usucapion de l'esclave ou de l'animal et passe aux héritiers, double anomalie qui lui donne un aspect original (f. 2, *Dig.* 33 2; f. 5, p. 3, *Dig.* 7-9 ; *Dig.* 7-7).

CHAPITRE XI

POUVOIR D'ALIÉNER ET D'ACQUÉRIR LES DROITS RÉELS.

(*Inst.* II, t. VIII et IX.)

La première division du droit des choses, c'est-à-dire l'étude de la propriété et de ses démembrements, est à peu près terminée. Il ne nous reste plus, dans le cadre des Institutes, qu'à tracer le tableau d'ensemble des personnes qui peuvent aliéner ou acquérir les divers droits réels.

§ I

Pouvoir d'aliéner.

Deux principes s'imposent naturellement à l'attention (*Inst.* II, t. VIII).

230. **Sur la chose d'autrui.** — On ne peut aliéner la chose d'autrui : cette règle n'appelle aucune explication, et la vulgaire raison suffit à la justifier.

Par exception, sont admis à l'aliénation de la chose d'autrui : 1° le créancier gagiste et le premier créancier hypothécaire ; nous suivrons ailleurs le développement historique et juridique du gage et de l'hypothèque ; 2° les représentants légaux, comme le tuteur et le curateur, suivant les formes et dans les limites précédemment indiquées ; 3° les représentants conventionnels, comme le mandataire, non en vertu d'un mandat général, mais par l'effet

d'un mandat spécial ou dans le cours d'une administration *cum liberâ* ; 4° les représentants naturels, c'est-à-dire les personnes *in potestate*, esclaves, enfants de famille, lorsqu'ils se conforment à la volonté du *paterfamiliâs*, soit expresse, soit tacitement révélée par la concession du libre exercice d'un pécule (*Inst.* II, t. I, p. 43; f. 63, *Dig.* 3-3 ; f. 41, p. 1, *Dig.* 6-1).

Hormis les personnes *in potestate*, quiconque veut aliéner la chose d'autrui n'y saurait arriver que par la tradition ; en conséquence, dans le droit classique, si l'opération porte sur une *res mancipi*, l'acquéreur l'aura seulement *in bonis* et devra l'usucaper (C. 16, *Cod.* 5-37).

231. **Sur sa propre chose.** — On peut aliéner sa propre chose ; c'est encore un de ces principes supérieurs à toute démonstration. Mais il y faut rattacher certaines exceptions.

Incapacités spéciales. — Sont frappés d'une incapacité spéciale, c'est-à-dire restreinte à des biens déterminés : 1° dans l'ancien droit, la femme pubère en tutelle, à l'égard de ses *res mancipi* ; 2° le mari lui-même, à l'égard du fonds dotal ; cette règle célèbre trouvera place dans la théorie de la dot (*Inst.* pr. *h. tit.*).

Incapacités générales. — Sont absolument hors d'état d'aliéner leurs biens quelconques, tous les incapables proprement dits, tels que le fou dans ses moments non lucides, le prodigue interdit, depuis Dioclétien le mineur de vingt-cinq ans en curatelle, et, dans tous les temps, le pupille. De cette dernière incapacité, les Institutes déduisent trois intéressantes conséquences (p. 2, *h. tit.*).

Du pupille en particulier. — 1° Le pupille *sine auctoritate tutoris* ne peut faire un prêt ou *mutuum*, qui suppose la translation de propriété des choses prêtées. S'il a réalisé néanmoins en fait cet acte juridiquement vain, il n'acquiert pas de créance, *non contrahit obligationem* ; car il est resté propriétaire des deniers, et n'a pour les reprendre d'autre voie que la revendication. Mais en supposant que l'*accipiens* les ait consommés, l'action réelle devient impossible ; *res extinctæ vindicari nequeunt.* Il a fallu dans ce cas armer le pupille d'une action personnelle. La consommation a-t-elle eu lieu de bonne foi ? l'emprunteur sera passible d'une *condictio quasi ex mutuo*, nécessairement indépendante des modalités ou clauses accessoires qui ont pu accompagner le simulacre de contrat. La consommation a-t-elle eu lieu de mauvaise foi ? le pupille est libre, s'il le préfère, d'intenter la revendication ou l'action *ad exhiben-*

dum ; elles reposent l'une et l'autre sur l'idée que l'*accipiens* s'est mis par son dol dans l'impuissance de représenter ou de restituer les deniers, et procurent au demandeur l'avantage du *juramentum in litem* (f. 5, *Dig.* 12-3).

2° Le pupille *sinè auctoritate tutoris* ne peut se libérer d'une dette par un payement, qui suppose comme le *mutuum* une translation de propriété. Tant que le créancier est en possession de ce qu'a payé le pupille, ce dernier peut revendiquer; mais il ne triomphera qu'en appuyant sa revendication sur un intérêt sérieux, par exemple, s'il a devancé un terme non échu; à défaut d'une raison pareille, l'exception de dol paralyserait sa demande, parce qu'il violerait l'équité en exigeant la restitution d'une chose que l'autre partie serait en droit de réclamer immédiatement. Quant au créancier qui a consommé, était-il de mauvaise foi, c'est-à-dire informé de l'intérêt que le pupille avait à répéter? on doit le déclarer tenu de l'action *ad exhibendum* ou de la revendication. Dans le cas contraire, la consommation a éteint la dette du pupille, comme l'eût fait un vrai payement (f. 9, p. 2, *Dig.* 6-8; f. 8, *Dig.* 44-4).

3° Le pupille *sinè auctoritate tutoris* ne peut recevoir un paiement. Cette troisième règle ne tient pas directement à l'incapacité d'aliéner un droit réel ; l'explication logique en sera présentée à propos de l'extinction des droits de créance.

§ II

Pouvoir d'acquérir.

232. En thèse générale, toute personne *sui juris* acquiert valablement par elle-même. Cependant le *furiosus*, dans ses moments non lucides, et le pupille *infans* ne sauraient accomplir que les acquisitions indépendantes de tout acte de volonté ; encore faut-il se rappeler que la pupille *infans* peut *cum auctoritate tutoris* devenir possesseur, ou faire une adition d'hérédité.

Mais est-il permis d'acquérir par autrui? Le droit pur impose sur ce point une distinction fondamentale.

De l'idée que les Romains n'admettent pas la représentation dans les actes juridiques, découle un principe bien connu : c'est qu'on ne peut rien acquérir par les personnes qu'on n'a pas en sa puissance : *nihil per extraneas personas nobis adquiritur*. La cause et les effets de cette maxime seront approfondis à l'occasion du

mandat. Il ne faut pas oublier qu'elle ne s'applique pas à la possession, et l'on verra cette grave dérogation en amener bien d'autres (*Inst.* p. 5, *hic*).

Au contraire, on peut tout acquérir par les personnes qu'on a sous sa puissance. La *manus* et le *mancipium* ont à cet égard le même effet que la *potestas patria vel dominica*, sauf un doute à propos de la possession (*Gaïus*, II, 90).

Il suffira d'examiner ici l'acquisition par l'esclave et le fils de famille.

233. Acquisitions de droits réels par l'esclave. — On sait déjà que tout ce qu'acquiert l'esclave est acquis à son maître. L'esclave peut se servir de la mancipation, dont les termes sacramentels sont modifiés pour son usage. Entre les divers modes d'acquérir, l'*in jure cessio* et l'adjudication lui restent inaccessibles; car ces deux procédés supposent un procès fictif ou sérieux, et l'arène judiciaire n'est pas ouverte à l'esclave. Le maître, à la condition d'avoir l'*animus domini* ou que l'opération soit réalisée *ex causâ peculiari*, devient également possesseur par l'intermédiaire de l'esclave. Mais il est ici nécessaire que l'esclave ait l'intention et la conscience d'acquérir pour son maître, et soit lui-même en la possession de ce dernier. Par là se trouvent exclus le *servus pignori datus*, et probablement le *servus fugitivus*, même avant sa chute dans les mains d'un tiers (f. 1, p. 9, 10, 14, 15, 19, *Dig.* 41-2; *Gaïus*, II, 96; III, 167).

Les acquisitions de l'esclave indivis entre plusieurs maîtres profitent à chacun d'eux pour une part proportionnelle à son droit de copropriété sur le *servus communis*. Il en est autrement, lorsque l'esclave agit au nom personnel ou sur l'ordre d'un seul des *codomini*, ou s'ils ne se trouvent pas tous dans les conditions voulues pour participer à l'acquisition (f. 5, *Dig*, 45-3; *Gaïus*, III, 167; f. 7, p. 1, *Dig.* 45-3).

L'esclave d'une hérédité jacente, *servus hereditarius*, peut procurer à cette personne fictive toute espèce de droits réels, si ce n'est une servitude personnelle. Quant à la possession, il est évident que l'*animus domini* ne saurait exister dans une *hereditas;* l'esclave possédera donc seulement *ex causâ peculiari*, si le défunt lui a confié un pécule.

L'esclave acquiert en certains cas à d'autres que son maître. Ainsi le *servus* est souvent *fructuarius* ou grevé d'un droit d'usufruit, *usuarius* ou grevé d'un droit d'usage; sont attribuées à l'usu-

fruitier, toutes les acquisitions provenant tant *ex re suâ* que *ex operis servi*, à l'usager les premières uniquement. On entend par acquisitions *ex re suâ* tout ce que l'esclave obtient en échange d'une valeur puisée dans le patrimoine du titulaire de la servitude, et les libéralités entre-vifs ou testamentaires qui lui sont adressées en considération de ce même titulaire. On entend, au contraire, par acquisitions *ex operis servi* les fruits civils de l'esclave, c'est-à-dire les loyers ou salaires de son travail quelconque ; l'usager en est exclu par la nature même de son droit. Ces règles, encore incertaines pour la possession au temps de Gaïus, y sont formellement étendues par Justinien. Il va de soi que le nu-propriétaire de l'esclave recueille toutes celles de ses acquisitions qui n'appartiennent pas à l'usufruitièr ou à l'usager (*Gaius*, II, 94; *Just.* p. 4, *hic*).

Enfin le possesseur de bonne foi d'un esclave ou d'un homme libre acquiert également *ex operis ejus* ou *ex re suâ*. Mais le *possessor bonæ fidei* d'un esclave peut, en l'usucapant, devenir supérieur à l'usufruitier, et s'il perd la *bona fides*, ne s'enrichir plus que *ex re suâ*. Le *possessor bonæ fidei* d'un homme libre ne l'usucape jamais, et les acquisitions dont ils ne profitent pas restent à ce dernier (*Inst.* p. 4, *hic*).

234. Acquisition de droits réels par le fils de famille. Des pécules. — Assimilé dans l'origine à l'esclave, le fils de famille procure également au *pater* la propriété par tout autre mode que l'*in jure cessio* et l'adjudication ; il le rend aussi possesseur, pourvu que le père ait l'*animus domini*, ou que le fils agisse *ex causâ peculiari* (*Gaius*, II, 96).

Cette rigueur de l'ancien droit n'était point adoucie par le pécule que la *paterfamilias* pouvait constituer à l'enfant; car il en restait propriétaire, comme s'il l'eût concédé à l'esclave. C'est là ce qu'on appelle le pécule profectice, *quod à patre proficiscitur*.

Peculium castrense. — Mais les empereurs, toujours désireux d'acheter par des largesses le dévouement nécessaire de l'armée, durent organiser pour le fils de famille soldat un moyen de profiter lui-même de leurs libéralités. De là vint l'institution du *peculium castrense*, qui remonte au règne d'Auguste. On y fait entrer tout ce que le *filiusfamilias* acquiert en qualité de militaire, solde, butin, donations; à l'égard de ce pécule, il est traité comme un *paterfamilias* (f. 11, *Dig.* 49-17 ; f. 2, *Dig.* 14-6).

Peculium quasi-castrense. — Sur le modèle du pécule *castrense*, Constantin imagine en 321 le *peculium quasi castrense*. Il se composa d'abord de ce qui était acquis par les officiers du palais impérial à l'occasion de leurs fonctions. On l'étendit ensuite aux honoraires des officiers de la police occulte, des avocats, des prêtres et diacres, et sous Justinien, de tous les fonctionnaires rétribués par l'État. Comme l'indique son nom, il ressemble au précédent ; le fils en a la propriété, la jouissance, l'administration. Une seule différence sépare ces deux pécules dans la matière des testaments (C. 1, *Cod.* 12-31 ; C. 37, *Cod.* 3-28.

Peculium adventitium. — Enfin le *peculium adventitium*, également imaginé par Constantin, comprit en premier lieu la succession de la mère *à testato vel ab intestato*, sous Honorius et Arcadius tous les biens provenus à titre gratuit de la ligne maternelle, sous Théodose et Valentinien les dons et legs du conjoint ou fiancé, sous Justinien tout ce qui n'est ni *profectitium*, ni *castrense*, ni *quasi castrense*. L'enfant n'a que la nue propriété de ce pécule adventice, dont la jouissance et l'administration sont réservées au père. Comme le regret de les perdre aurait pu faire obstacle à l'émancipation de l'enfant, on permit d'abord au *pater* émancipateur de garder le tiers du pécule adventice en pleine propriété *pro pretio emancipationis* ; à ce tiers fut substitué par Justinien l'usufruit de la moitié (p. 2, *hic ;* C. 1, 2, *Cod.* 6-60 ; C. 1, 5, 6, *Cod.* 6-61).

Ces tempéraments successifs ont tellement ébranlé le principe, qu'il n'est pas téméraire de le considérer comme détruit au temps de Justinien. Dans le dernier état du droit romain, l'enfant de famille acquiert pour lui-même, et c'est par exception seulement que ses acquisitions vont au *pater*.

CHAPITRE XII

DES DONATIONS.

(*Inst.* II, t. VII.)

La théorie spéciale des donations peut servir d'appendice à la théorie générale des droits réels ; car c'est le plus souvent dans la constitution gratuite d'un droit réel que consiste la donation. Il est donc permis de suivre à cet égard le plan des Institutes, qui n'a rien de contraire aux exigences d'une bonne méthode.

SECTION PREMIERE

NOTIONS GÉNÉRALES.

235. **Définition.** — Le terme vague de donation recouvre plusieurs idées distinctes.

Dare signifie transférer la propriété ou quelque autre droit réel. La *datio* peut avoir lieu *solvendi animo*, c'est-à-dire pour éteindre une obligation préexistante ; elle constitue alors le paiement. La *datio* peut avoir lieu *contrahendi animo*, c'est-à-dire pour créer une obligation nouvelle ; le *mutuum* ou prêt de consommation en est un exemple. En dehors de cette alternative, la *datio* a lieu *donandi animo ;* elle constitue alors une donation, c'est-à-dire une aliénation sans équivalent. Telle est la conception qu'on avait d'ordinaire de la donation au temps classique.

Mais elle ne suppose pas nécessairement une translation gratuite de droits réels. On la trouve aussi dans toute obligation contractée sans rien obtenir en échange ; elle dérive alors, avec des effets divers, d'un pacte ou d'un contrat. La donation est conventionnelle sous cette deuxième forme, et les Institutes s'en préoccupent surtout à ce point de vue.

Enfin on qualifie de donation tout acte, même unilatéral, qui augmente intentionnellement un patrimoine aux dépens d'un autre, sans compensation antérieure ou future. Par exemple, je libère mon débiteur, je bâtis sur le fonds d'autrui, je laisse s'accomplir une usucapion, je répudie un legs pour alléger les charges de l'héritier ou pour attribuer ma part à mes co-légataires, etc.

Si l'on veut enfermer ces trois grandes catégories d'hypothèses dans une seule définition générale, il faut entendre par donation un fait actif ou passif, unilatéral ou bilatéral, mais essentiellement volontaire, dont le résultat est d'investir ou de libérer gratuitement le donataire d'un droit réel ou personnel qui appartient ou pourrait appartenir au donateur.

236. **Nature, éléments.** — Dans ces notions nous apparaissent la nature propre et les éléments nécessaires de la donation.

La nature propre de la donation, c'est de n'être point un acte original, indépendant, individuel, une opération distincte et vivante de sa vie, comme la mancipation, la stipulation, l'acceptilation. Elle ne tire, au contraire, son existence que de l'un ou de

l'autre de ces faits juridiques; on passe par eux pour l'atteindre; elle en est l'effet réalisé à titre gratuit. *Les éléments nécessaires de la donation* sont au nombre de trois : 1° appauvrissement du donateur; cette condition se remplit par le sacrifice d'un droit acquis ou qu'il lui est loisible d'acquérir ; 2° enrichissement du donataire; cette condition suppose qu'il retire un avantage pécuniairement appréciable de l'appauvrissement du donateur; 3° *animus donandi*, esprit de libéralité chez le donateur. Cette dernière condition signifie que la disposition doit être à la fois libre et désintéressée. Or elle n'est pas libre, dès qu'elle se fonde sur une obligation même naturelle; elle n'est pas désintéressée, si le donateur en retire un avantage personnel, comme le bénéfice d'une transaction.

Le premier et le second de ces trois éléments séparent la donation des autres actes gratuits, tels que le dépôt, le commodat, le mandat, le précaire, etc. Le troisième leur est commun.

Puisque la donation n'exige que ces trois conditions, le consentement, le concours des volontés du donateur et du donataire n'y est donc point indispensable; elle peut résulter d'une renonciation *ex unâ parte*. Mais elle procède le plus souvent d'un accord entre deux personnes; c'est là tout ce que signifie l'adage *non potest liberalitas nolenti adquiri* (f. 19, p. 2, *Dig*. 36-1).

Les Romains ont distingué deux grandes espèces de donations, *donationes inter vivos*, *donationes mortis causâ*.

SECTION DEUXIÈME

DONATIONS ENTRE-VIFS.

La donation entre-vifs a deux caractères principaux; elle est *actuelle* en même temps qu'*irrévocable*. Chacun de ces deux traits résume un ensemble d'idées à connaître sur la formation et les effets de la donation entre-vifs.

§ I

Formation de la donation entre-vifs.

237. A quel moment une donation entre-vifs reçoit-elle son existence juridique? Pour l'éclaircissement de cette délicate question, on suppose toujours observée une règle primordiale: c'est

que le donateur est capable de rendre sa condition pire, et le donataire de rendre la sienne meilleure. Dans ces termes, il faut distinguer plusieurs périodes historiques.

1° Période antérieure à la loi Cincia. — Dans les premiers siècles de Rome, la donation résulte de tout fait qui procure au donataire un moyen quelconque d'obtenir ou de retenir le bénéfice de la libéralité du donateur. Ce moyen peut être indifféremment civil ou prétorien, et consister dans une action ou dans une exception ; il suffit qu'une voie de droit soit ouverte au donataire.

Par exemple, il y a donation d'un droit réel dès la translation d'une propriété quiritaire ou bonitaire. S'il s'agit d'une obligation ou d'une libération, la donation sera réalisée par l'emploi d'un contrat, d'une acceptilation, d'un pacte, etc.

238. **2° Période de la loi Cincia.** — La loi Cincia, *lex de donis et muneribus*, ou *lex muneralis*, est un plébiscite rendu en l'an de Rome 549 ou 550, sur la proposition du tribun Cincius Alimentus et les instances de Caton l'Ancien. Elle avait deux chefs. Sa première disposition, célèbre dans la littérature romaine, mais étrangère à notre sujet, défendait aux avocats de recevoir des honoraires ; cette prohibition resta justement impuissante, du jour où le barreau cessa d'ouvrir le chemin des honneurs politiques pour devenir une profession.

La seconde disposition de la loi Cincia établit pour les donations entre-vifs un taux qu'elles ne devaient point dépasser, *modus legitimus*. Quel était ce taux ? Nous l'ignorons, ainsi que la manière de le calculer ; car on ne peut dire s'il était d'une quantité fixe, ou d'une quantité proportionnelle à la fortune du donateur. Tout ce qu'on a droit d'affirmer, c'est que ce taux s'appréciait exclusivement d'après le capital donné, sans tenir compte des intérêts ou fruits perçus par le donataire. En outre, la loi Cincia ne s'appliquait pas aux donations de fonds provinciaux, ou faites en faveur de certains privilégiés, *exceptæ personæ ;* c'étaient principalement les époux, les cognats jusques et y compris le cinquième degré, plus dans le sixième les petits-cousins et petites-cousines, *sobrini sobrinæve*, enfin les personnes unies aux précédentes par le lien de la *patria potestas* exercée ou subie (*Fragm. Vat.* 293, 298-309 ; f. 11, *Dig.* 39-5).

Restent donc soumises aux règles de la période antérieure les donations *intrà modum*, c'est-à-dire en deçà du taux inconnu de la

loi Cincia, ainsi que les donations quelconques adressées à des *personæ exceptæ*. En dehors de ces hypothèses, qu'advient-il des donations *suprà modum ?*

239. *Sanction de la loi Cincia.* — La loi Cincia ne les a point interdites en principe ni frappées de nullité. Seulement, pour défendre le donateur contre des entraînements irréfléchis, et le mettre au-dessus des manœuvres captatoires qui se faisaient jour dans les mœurs romaines, elle a rendu plus difficile la formation de la donation *suprà modum*, en ne lui reconnaissant force juridique qu'après son entière exécution. En d'autres termes, il ne suffit plus à la perfection de la libéralité que le donataire ait un moyen quelconque d'en obtenir ou d'en retenir le bénéfice. Il faut désormais que nulle voie civile ou prétorienne, action ou exception, ne reste ouverte au donateur pour en empêcher l'accomplissement. Tant qu'un expédient lui est possible, il a le droit légal d'en user, et la donation demeure imparfaite.

Par exemple, s'agit-il d'une donation de propriété? Appliquée à une *res mancipi*, la mancipation sans tradition laisse au donateur l'*exceptio legis Cinciæ* contre la revendication du donataire; la tradition sans mancipation lui permet de revendiquer lui-même, jusqu'à l'expiration des délais de l'usucapion, et de paralyser par une *replicatio legis Cinciæ* l'exception *rei donatæ et traditæ* que lui opposera peut-être le donataire. Quant à la donation qui a pour objet une *res nec mancipi* immobilière, notamment un fonds provincial, tout est fini par la tradition; car on sait déjà que la loi Cincia ne touche pas à cette hypothèse. Mais le meuble *nec mancipi*, même livré au donataire, peut retourner au donateur par la voie spéciale de l'interdit *utrubi* (*Fragm. Vat.* 311).

S'agit-il d'une libéralité faite sous la forme d'une obligation? Le donateur, tant qu'il n'a pas payé, a la ressource de l'*exceptio legis Cinciæ* contre l'action de son créancier le donataire. S'il a payé par erreur, on l'admet à la répétition de l'indû, en sa qualité de *tutus exceptione perpetuâ* (*Fragm. Vat.* 266).

La donation consiste-t-elle enfin dans une libération de dette? Réalisée par *acceptilatio*, elle éteint le droit du créancier et se trouve parfaite. Manifestée dans un pacte de remise, elle laisse au donateur son action de créance, que la *replicatio legis Cinciæ* fait triompher de l'exception *pacti conventi* opposée par le débiteur (C. 2, *Cod.* 8-44; f. 1, p. 1, *Dig.* 20-6).

240. De toutes ces hypothèses et de bien d'autres pareilles, il ressort que la pleine exécution est nécessaire, dans l'esprit de la loi Cincia, pour rendre certaine la volonté du disposant et définitive la donation *ultrà modum*. Jusqu'à l'entier accomplissement, le donateur peut user librement de tous les moyens de droit commun qui sont à sa portée pour garder ou reprendre l'objet de sa largesse. Ce n'est pas seulement l'excédant de la donation sur le taux légal qu'il a droit de retenir ou de recouvrer, mais la donation tout entière; car l'application de la loi Cincia suppose qu'il n'avait pas été libre dans sa disposition, et l'on ne saurait la concevoir infectée d'un tel vice pour quelque fraction seulement. Cette doctrine est pourtant contestée (f. 5, p. 2, *Dig.* 44-4).

La donation imparfaite envers le donateur l'est aussi, dans la même mesure, envers tous les intéressés ; c'est en ce sens que les Proculiens, dont l'opinion prévalut à cet égard, qualifièrent de *popularis* l'*exceptio legis Cinciæ*. Il naît de là deux conséquences. En premier lieu, tout ayant-cause particulier du donateur est admis à se prévaloir de la loi Cincia; tel est le fidéjusseur qui a cautionné la promesse de donation; tel est encore l'acheteur qui a reçu du donateur tradition d'une chose déjà mancipée à un donataire, ou mancipation d'une chose déjà livrée à titre gratuit. En second lieu, les héritiers du donateur peuvent également invoquer la loi Cincia, s'il n'est établi que le donateur a persisté jusqu'à sa mort dans la volonté de donner, *nisi decesserit durante voluntate*. Car la donation serait en ce dernier cas devenue parfaite, et l'héritier du donateur échouerait devant une exception, réplique ou duplique de dol; c'est la célèbre règle si laconique de Paul, *morte Cincia removetur* (*Vat. Fr.* 259, 266; f. 24, *Dig.* 39-5).

Les anciens interprètes voyaient dans la loi Cincia une *lex imperfecta*, c'est-à-dire une loi prohibitive des donations *ultra modum*, mais dépourvue de sanction. Ce point de vue semble défectueux. La loi Cincia fit en réalité ce qu'elle voulait faire; son objet n'était point d'interdire les libéralités supérieures au taux, mais seulement d'en assurer l'entière liberté. Elle y parvenait en facilitant de son mieux au donateur la révocation d'une largesse extorquée, et se trouvait donc aussi parfaite que toute autre disposition législative dont le but est à peu près atteint. Cette appréciation moderne repose en partie sur la règle que *morte Cincia removetur ;* si la loi Cincia contenait une véritable prohibition, il n'est pas admissible que le dona-

teur pût en triompher par sa persistance à la violer jusqu'à sa mort, et la constance de sa volonté n'effacerait point le vice originaire de la disposition. Une raison plus décisive encore, c'est que la donation *ultra modum* constitue pour le donataire une *justa causa usucapiendi*; or, un fait légalement prohibé ne saurait évidemment servir de point de départ à l'acquisition de la propriété par l'usucapion (*Vat. Fr.* 293).

241. 3° Période du droit impérial. — Les empereurs modifièrent profondément les règles de la formation des donations entre-vifs. Disons tout d'abord que la loi Cincia tomba en désuétude, probablement dans la seconde moitié du troisième siècle de notre ère.

Suivant une décision d'Antonin le Pieux, mentionnée dans quelques textes, la donation entre-vifs put se faire par simple pacte entre ascendants et descendants, c'est-à-dire que la promesse de donner, même non revêtue des formes d'un contrat, devint obligatoire entre ces personnes (*Paul,* IV, t. I, p. 11 ; *Fragm. Vat.* 249).

Constance Chlore imposa pour toutes donations, sous peine de nullité, la formalité de l'*insinuatio*, déjà usitée, mais non exigée au temps des jurisconsultes. L'insinuation n'est que la copie des libéralités écrites, ou la relation des libéralités non écrites, sur les registres d'un magistrat déterminé, *apud acta*. Cette solennité assurait la preuve de la donation et la rendait plus ou moins publique dans l'intérêt des tiers. Elle fut restreinte, en 428, aux donations qui excédaient la valeur de deux cents solides (*Fragm. Vat.* 266, 268; C. 1, *Cod. Th.* 3-15).

Le fils de Constance Chlore, Constantin, exigea un écrit pour toutes libéralités (*Fragm. Vat.* 249).

Justinien supprima la nécessité de l'écrit; mais sa réforme capitale fut de généraliser la décision d'Antonin. La donation par voie d'obligation devint désormais un pacte légitime; indépendamment de tout contrat, elle eut en elle-même sa force obligatoire, sanctionnée par une *condictio ex lege*, et c'est avec raison que Justinien l'appelle pour l'avenir *justa causa tradendi* (*Inst.* II, t. I, p. 40).

Quant à l'insinuation, Justinien finit par ne l'exiger que pour les donations supérieures à cinq cents solides. L'omission de cette formalité emporta nullité pour le surplus, et de plein droit. Il en résultait que le donateur pouvait repousser directement, sans le secours d'aucune exception, la demande du donataire à l'égard de

l'excédant, que la donation cessait d'être dans la même mesure une juste cause d'usucapion, et que le décès du disposant n'effaçait plus la nullité; c'est une triple différence avec la loi Cincia. Tous les intéressés pouvaient d'ailleurs invoquer cette nullité. Étaient exceptionnellement dispensées de l'insinuation, certaines libéralités, notamment les donations *dotis causâ*, les donations faites ou reçues par l'empereur, les donations destinées au rachat des captifs, etc. (C. 31, *Cod.* 5-12; C. 34, 36, *Cod.* 8-54).

§ II

Effets de la donation entre-vifs.

242. Si la donation entre-vifs diffère essentiellement par sa cause déterminante des actes à titre onéreux, elle leur ressemble en ce sens qu'une fois parfaite et formée, elle est comme eux irrévocable.

Cause déterminante. — La cause déterminante et spéciale des donations, c'est l'*animus donandi;* il y faut rattacher deux règles étrangères aux actes à titre onéreux.

1° Le donateur peut d'abord, en cette qualité, opposer au donataire l'exception *ejus quod facere potest*, connue sous le nom de bénéfice de compétence, et dont le résultat est de limiter sa condamnation au montant de son actif net; nous aurons occasion d'en étudier plus tard les détails (*Inst.* IV, t. VI, p. 38).

2° Aucune obligation de garantie ne pèse sur le donateur. Qu'il s'agisse d'éviction, de charges ou de vices rédhibitoires, il ne répond de rien envers le gratifié, qui ne reçoit que les droits tels quels du disposant. Tout au plus accorde-t-on au donataire l'action générale *de dolo*, sous les conditions ordinaires de son exercice, pour obtenir réparation du dommage qu'a pu lui causer en certains cas un dol formel du donateur (f. 62, *Dig.* 21-1).

Irrévocabilité. — A tout autre point de vue, la donation est aussi indépendante de la volonté du donateur que le serait un acte à titre onéreux; *temerè revocari non possunt.* Ce principe ne fléchit qu'en de rares exceptions, à peu près identiques dans le droit romain et dans le droit français (*Inst.*, p. 2, *hic*).

1° La donation peut être *sub modo*, c'est-à-dire contenir une charge imposée au donataire, mais évidemment inférieure à la valeur promise ou donnée, sans quoi la prétendue libéralité serait un

acte à titre onéreux. L'inexécution de cette charge rend la donation révocable. Le donateur n'eut d'abord, pour réclamer sa chose, qu'une action personnelle contre le donataire, la *condictio ob rem dati* de droit commun. Plus tard, si le *modus* était dans l'intérêt du donateur, il put en poursuivre l'exécution par l'action *præscriptis verbis* qui ne touchait pas à l'existence de la donation, ou redemander la *res donata* par une revendication utile dont les tiers eux-mêmes furent passibles. Si le *modus* était dans l'intérêt d'une personne étrangère à la donation, on lui accordait, sur le fondement d'une stipulation supposée, une action *ex stipulatu utilis* pour exiger du donataire l'accomplissement de la charge (C. 2, 8, *Cod.* 4-6; C. 9, 22, *Cod.* 8-54; C. 1, 3, *Cod.* 8-55).

2° La révocation de la donation pour ingratitude du donataire est également possible. L'empereur Philippe l'appliqua d'abord, en 249 de notre ère, à la libéralité reçue du patron par l'affranchi; les fils de Constantin l'étendirent en 349 aux père et mère donateurs, Théodose et Valentinien en 430 à tous les ascendants. Justinien finit en 530 par en faire le droit commun; les causes de révocation pour ingratitude furent limitativement définies et limitées. L'action ouverte au donateur était une *condictio ex lege*, intransmissible à ses héritiers et contre les héritiers du donataire. L'effet de cette révocation n'était sans doute que personnel au gratifié, seul coupable d'ingratitude, et n'atteignait pas les droits acquis à des tiers (*Fragm. Vat.* 272; C. 7, 8, 9, 10, *Cod.* 8-56).

3° Quant à la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant, les fils de Constantin l'admirent en faveur du patron donateur; la loi romaine ne l'a pas étendue au delà de ce cas unique, dont les règles sont d'ailleurs assez vagues (C. 8, *Cod.* 8-56; Cf. *Cod. civ.*, art. 960 et suiv.).

SECTION TROISIÈME

DONATIONS A CAUSE DE MORT.

Si l'on en croyait les Institutes, la *donatio mortis causâ* serait celle qu'on fait en prévoyance de la mort, *quæ propter mortis fit suspicionem*. Cette définition n'a rien d'exact; il ne suffit pas qu'une libéralité soit déterminée par la crainte ou la prévision d'une fin prochaine, pour qu'on la puisse qualifier de *donatio mortis causâ*,

dans le sens technique et juridique du mot (f. 27, *Dig*. 39-6; *Inst.*, p. 1, *hic.*).

243. **Caractères et formation de la donatio mortis causâ.** — La donation est à cause de mort, lorsqu'elle ne devient définitive que par le prédécès du donateur; c'est le principe général. Toute *donatio mortis causâ* a donc pour élément essentiel d'être caduque par le prédécès du donataire. Le plus souvent, elle est en outre révocable jusqu'à la mort du donateur, par le simple changement de sa volonté; mais cet autre caractère ne lui est pas indispensable, et l'on n'y doit voir qu'un élément naturel de la disposition (ff. 18, 27, *Dig*. 39-6).

Par conséquent, si les parties ont déclaré faire une *donatio mortis causâ*, elle sera caduque par le prédécès du donataire et révocable jusqu'à la mort du donateur. Les parties, sans qualifier la libéralité, l'ont-elles expressément soumise à ces deux causes de chute, ou seulement à la caducité par le prédécès du donataire? elle constitue encore une *donatio mortis causâ*. Mais une donation non caduque par le prédécès du donataire est nécessairement entre-vifs, de quelque nom que l'aient nommée ses auteurs.

La *donatio mortis causâ* peut d'ailleurs avoir lieu, soit en prévision des chances habituelles et générales de mortalité qui pèsent sur le donateur, soit dans la vue des risques anormaux et particuliers que lui fait courir un événement déterminé, comme un voyage, une guerre, une maladie. Cette seconde hypothèse est sans doute la plus fréquente; alors la donation tombe par le seul fait que le donateur échappe au danger prévu, avant comme après la mort du donataire. Mais le donateur eût-il succombé dans le péril, le prédécès du donataire entraînerait comme à l'ordinaire la chute de la donation (*Paul*, III, t. VII, p. 1-2; f. 3-6, *Dig*. 39-6).

La donation à cause de mort n'exigeait, dans le principe, aucune formalité particulière et consistait simplement dans l'acte productif du droit réel, de la créance ou de la libération dont il s'agissait de gratifier le donataire. Constantin la soumit à la nécessité de l'insinuation; mais elle en fut relevée par Justinien, qui lui imposa seulement la présence de cinq témoins, ou l'emploi des formes du codicille. Dans aucun cas, la donation à cause de mort ne peut résulter d'une promesse non revêtue de l'enveloppe d'un contrat; en d'autres termes, elle ne constitue jamais un pacte légitime, puisque la célèbre innovation de Justinien sur ce point est restée pro-

pre aux donations entre-vifs (*Vat. Fr.* 249 ; C. 4, *Cod.* 8-57 ; C. 35, *Cod.* 8-54).

244. Effets de la donatio mortis causâ. — La donation à cause de mort ne tire donc son existence que d'un fait juridiquement efficace, aliénation, contrat ou décharge, et subordonné par les parties à la condition d'un prédécès.

Mais cette condition peut être suspensive ou résolutoire. Elle est suspensive, lorsque le droit du donataire ne doit prendre naissance qu'au prédécès du donateur ; en ce cas, le gratifié n'aura jamais rien eu, s'il meurt le premier. Elle est résolutoire, lorsque le donataire a été purement et simplement, dès l'instant de l'acte, investi de son droit, mais que la donation ne doit devenir définitive qu'au prédécès du donateur, et peut jusqu'alors se trouver résolue par l'exercice de la faculté de révocation qui lui appartient d'ordinaire, ou sans exception par le prédécès du donataire.

Ces principes s'appliquent sans grand effort à la donation qui procède par création ou décharge de dette. Car la condition suspensive, en s'accomplissant, oblige irrévocablement les héritiers du donateur, ou libère définitivement le donataire. Quant à la condition résolutoire, on verra bientôt qu'aux yeux des Romains elle n'a point de force par elle même ; en s'accomplissant, elle ne fera donc pas tomber la promesse du donateur envers le donataire, ou revivre la dette dont il l'a libéré ; seulement le donataire ou son héritier sera tenu, sous peine d'une *condictio sinè causâ*, de rétablir les choses dans l'état antérieur à la donation. Pour le cas spécial où la libéralité aurait été réalisée par un pacte *de non petendo*, le donateur serait dispensé de recourir à la *condictio ;* car cette remise imparfaite n'aurait pas éteint de plein droit l'action abandonnée par le donateur, et que la condition accomplie débarrasserait simplement de l'exception *pacti* dont elle était entravée.

La donation par voie d'aliénation n'offre guère plus de difficultés. Accomplie, la condition suspensive transfère la propriété au donataire, qui ne saurait l'avoir auparavant ; défaillie, elle la laisse au donateur, qui ne l'aura jamais perdue. Au contraire, la défaillance de la condition résolutoire rend irrévocable le droit acquis du donataire ; mais si nous la supposons accomplie, aura-t-elle retransféré *de plano* la propriété au donateur ? On sait déjà que la législation classique n'admettait pas un tel résultat ; le déplacement de la propriété ne pouvait provenir que d'un *modus adquirendi* régulier, et

ce qu'avait fait un tel mode d'acquérir, un autre seulement avait la force de le défaire. Il découlait de ce principe que le donateur, même après la révocation ou la caducité de la donation, n'était pas armé de l'action réelle en revendication pour reprendre la chose donnée, mais d'une simple action personnelle contre le donataire. Ulpien, le jurisconsulte novateur, proposait timidement de considérer la propriété comme retransférée de plein droit au donateur, dès l'accomplissement de la condition résolutoire ; cette doctrine, qui devait devenir la théorie moderne, prévalut définitivement après Dioclétien (f. 29, *Dig.* 39-6 ; *Fragm. Vat.* 283 ; C. 2, *cod* 8-55) (1).

SECTION QUATRIÈME

DONATIONS ENTRE ÉPOUX.

245. Les donations entre époux furent longtemps permises à Rome ; elles l'étaient encore à l'époque de la loi Cincia, puisqu'elle comptait les époux au nombre des *personæ exceptæ*. Mais la coutume les interdit antérieurement au jurisconsulte Labéon, contemporain d'Auguste et de Tibère. La prohibition se fondait sur le danger des entraînements toujours à redouter entre conjoints, et sur la crainte des menaces intéressées de divorce, *ne concordia pretio conciliari videretur* (*Vat. Fr.* 302; ff. 65, 67, *Dig.* 24-1).

Prohibition primitive. — Jusqu'à Septime Sévère, la nullité des donations entre époux fut absolue. Le conjoint donateur pouvait donc revendiquer la chose donnée, ou repousser directement, et sans le secours d'aucune exception, la dette par lui contractée envers le donataire, ou poursuivre le payement de la créance dont il lui avait fait remise civile ou prétorienne. Pour empêcher la violation détournée de la règle, on y soumit même les donations adressées par l'un des époux, non plus à son conjoint en personne, mais à quiconque était sous la puissance de ce dernier ou l'avait *in potestate* (f. 3, p. 4 et *seq.* p. 10 ; f. 48, *Dig.* 24-1).

On exceptait seulement de la prohibition : 1° les donations qui n'enrichissaient pas sérieusement le donataire, comme d'un droit d'usage, ou d'un esclave à libérer dans un délai préfix ; 2° les donations qui n'appauvrissaient pas véritablement le donateur, en

(1) On trouvera plus loin la comparaison des donations *mortis causâ* et des legs (voir la table).

ne le privant pas d'un capital acquis, telles que d'intérêts et fruits, ou d'une hérédité répudiée ; 3° les donations à cause de mort faites sous la condition suspensive du prédécès du donateur, et qui ne devenaient dès lors définitives qu'à la dissolution du mariage ; 4° quelques autres donations déterminées, par exemple *honoris causâ*, pour faciliter au mari l'acquisition d'une charge ou distinction honorifique, *exsilii causâ*, pour adoucir l'exil de l'un des conjoints, *divortii causâ*, c'est-à-dire en vue d'un divorce prochain et sérieux ; cette dernière n'était valable qu'après la rupture consommée du mariage (ff. 5, p. 13-14; f. 7, p. 9 ; f. 9, p. 2; ff. 10, 11, 12, 13, 18, 43, *Dig*. 24-1).

246. Oratio Antonini. — Vers la fin du règne de Septime Sévère, et sur la proposition de son fils Antonin Caracalla, cette législation fut modifiée par le sénatus-consulte Émilien, plus ordinairement nommé *Oratio Antonini*. Quelle est la véritable portée de l'innovation ? On a souvent écrit que l'*oratio Antonini* déclara pour l'avenir la donation entre conjoints valable en principe, mais révocable au gré du donateur. La thèse inverse paraît plus vraie. L'unique résultat du sénatus-consulte fut que la donation, nulle de plein droit comme auparavant, était désormais susceptible de devenir valable par la mort du donateur *in matrimonio* et *in eâdem voluntate*, ce qui revient à dire que la nullité restait définitive par le prédécès du donataire, le repentir du donateur ou le divorce. Bref, et sans afficher une assurance que ne comporte guère un problème controversé dans la science moderne et chez les Romains eux-mêmes, on peut dans cette seconde période considérer la donation entre époux, non pas comme valable sauf révocation, mais comme nulle sauf confirmation (f. 32, p. 2, 10, 13; ff. 33, 34, 35, *Dig*. 24-1).

Depuis l'*oratio Antonini*, la donation entre époux ressemblait à la *donatio mortis causâ*, en ce qu'elle devenait inattaquable, par le prédécès du donateur sans révocation; aussi fut-elle, comme l'autre, soumise dans une certaine mesure aux règles des legs, notamment à la loi Falcidie. Justinien lui reconnut néanmoins la nature de donation entre-vifs. En effet, sur une question soulevée par le barreau d'Illyrie, l'empereur décide qu'elle peut résulter d'un simple pacte ; il la subordonne de plus à l'insinuation dans les mêmes hypothèses que les libéralités *inter vivos*. A défaut d'insinuation, et pour ce qui excède le taux légal, elle ne vaut qu'en vertu d'une expresse disposition testamentaire, comme *donatio*

mortis causâ. Insinuée ou dispensée d'insinuation, elle rétroagit, du jour où le donateur la confirme, au jour de l'insinuation ou de l'acte. Cette rétroactivité, clairement indiquée dans une Constitution de Justinien, vient à l'appui de la doctrine que la donation entre époux est toujours nulle en elle-même, et seulement confirmable, depuis le sénatus-consulte de Caracalla (f. 32, p. 1, *Dig.* 24-1 ; C. 25, *Cod.* 5-16 ; *Nov.* 162, c. 1) (1).

DEUXIÈME DIVISION (DE LA DEUXIÈME PARTIE)

OBLIGATIONS (2).

247. C'est dans la théorie des obligations ou droits de créance qu'apparaissent les plus étroites affinités entre la loi romaine et la loi française. Car un certain nombre de relations, nées des plus élémentaires besoins sociaux, se retrouvent chez tous les peuples et dans tous les temps. Si donc une législation parvient à formuler les vrais principes de ces rapports nécessaires, les autres législations n'ont plus qu'à la copier, en l'adaptant à leur époque par des réformes de détail. Ainsi arriva-t-il des obligations et de notre Code civil ; depuis l'article 1101 jusqu'à l'article 1386, on y rencontre peu de règles qui ne procèdent du droit romain. Nous aurons sans doute à relever mainte et mainte divergence entre les vieux principes de Rome et nos principes modernes, principalement à l'égard des effets du simple consentement ; car les génies différents des deux nations ne pouvaient donner des fruits absolument pareils. Mais, vue d'ensemble, la vaste matière des obligations ne saurait inspirer, même en notre siècle, de meilleurs commentaires que les écrits des jurisconsultes du Digeste.

(1) La théorie accessoire et spéciale de la donation *propter nuptias* sera mieux comprise après l'explication de la dot (*Inst.*, p. 3, *hic*).

(2) Les étudiants de première année laisseront de côté cette deuxième division, pour arriver immédiatement à la matière des testaments (voir la table).

CHAPITRE XIII

CARACTÈRES ESSENTIELS, DIVISIONS ET SOURCES DES OBLIGATIONS.

(*Inst.* III, t. XIII.)

248. Les premiers Romains ne connaissaient pas le mot *obligatio*; il ne paraît pas usité dans les monuments de leur jurisprudence antique. Pour exprimer le même sens, on recourait au terme plus énergique encore de *nexus;* il en reste un témoignage célèbre : *si quis nexum faciet, uti lingua nuncupassit,ità jus esto*, disaient les décemvirs dans un langage d'airain comme leurs Tables. Il est d'ailleurs évident que les deux locutions dérivent de la même idée métaphorique de *nœud* (*nectere, ob ligare*). L'expression de *nexus* ne survécut pas aux vieilles dettes rigoureuses qu'elle désignait, et fut remplacée par *obligatio* dans la langue technique du droit.

L'obligation est un lien juridique. Les Institutes la définissent *juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundùm nostræ civitatis jura* (*pr. hìc*).

Sujets de l'obligation. — Elle suppose en conséquence deux personnes unies par ce lien, un sujet actif et un sujet passif, un débiteur, *debitor, reus,* et un créancier, *creditor*. L'obligation se présente toujours sous cette double face, dette par un côté, créance par l'autre; le mot *obligatio* désigne parfois l'ensemble des deux situations, parfois la situation spéciale du créancier, mais le plus souvent la situation spéciale du débiteur, si bien qu'obligation est à peu près synonyme de dette. De ce principe, qu'il n'y a pas d'obligation sans un créancier et un débiteur, les Romains ont tiré des conséquences importantes et rigoureuses, qui nous arrêteront plus loin.

249. **Objet de l'obligation.** — Outre le sujet actif et le sujet passif, l'existence d'une obligation quelconque implique et nécessite également un objet, c'est-à-dire un service à rendre par le débiteur au créancier, une *res solvenda* dans la langue du droit romain, une *prestation* dans la langue du droit français. Suivant la marche des jurisconsultes classiques et de Justinien, c'est à propos des contrats que nous préciserons les diverses conditions requises dans l'objet d'une obligation, et dont le défaut la frapperait de nullité. Contentons-nous de poser en règle absolue que cet objet doit être naturellement et légalement possible, offrir pour le

créancier un intérêt juridiquement appréciable, et se trouver mis désormais au-dessus de l'arbitraire des contractants par une détermination actuelle ou préparée. Moyennant ces qualités primordiales, l'objet de l'obligation ou *res solvenda* peut être de natures très-diverses; il ne saurait entrer dans l'esprit de personne d'énumérer les innombrables combinaisons de services prévus entre débiteurs et créanciers. On les ramène tous à deux ou trois catégories principales. L'obligation a pour objet un *dare*, si le débiteur doit au créancier la constitution d'un droit réel, propriété, usufruit, servitudes; elle a pour objet un *facere* dans tout autre cas. L'obligation de *facere* se subdivise facilement; elle est *ad præstandum*, quand le fait promis est l'acquisition ou la conservation pour le créancier d'un droit non réel de jouissance; elle est *ad faciendum*, quand le débiteur a promis tout autre fait positif; elle est *ad non faciendum*, quand le débiteur a promis un fait négatif, une abstention. On verra que cette division des obligations considérées dans leur objet n'offre pas un grand intérêt pratique.

250. **Caractères de l'obligation.** — De ces éléments, *sujet actif*, *sujet passif*, *objet*, résulte l'obligation. On peut donc la définir un rapport juridique entre deux personnes, dont l'une est tenue de rendre à l'autre un service déterminé, possible et pécuniairement appréciable.

1° D'après cette définition, le service à rendre par le débiteur consiste de toute nécessité dans un acte que le droit commun n'impose pas, ou dans l'abstention d'un fait que permet le droit commun.

2° En outre, puisque ce même service est susceptible d'estimation, une obligation quelconque modifie le patrimoine du créancier en l'augmentant, du débiteur en le diminuant; elle se trouve dès lors comprise dans toute acquisition *per universitatem*, c'est-à-dire dans toute succession à l'ensemble ou à une quote-part de l'un ou de l'autre de ces deux patrimoines.

3° Enfin l'obligation, une fois constituée, est perpétuelle, à ce double point de vue que ni le débiteur, ni dans la loi romaine le créancier lui-même, ou les deux parties d'accord, ne peuvent à titre particulier se substituer personne dans leur qualité, et que nul laps de temps ne la leur enlève. Car le temps n'a pas de prise sur un rapport juridique, c'est-à-dire abstrait, et tout changement de l'un des termes constitutifs du rapport le ferait disparaître dans son entier.

251. **Divisions des obligations.** — *Première division.* — Le lien

d'obligation ne se dénoue, l'obligation ne s'éteint que par des modes déterminés, dont le plus naturel est l'exécution de l'engagement ; on appelle *action* le moyen légal d'imposer cette exécution au débiteur qui s'y refuse. L'action est toujours attachée à l'obligation par le droit civil, en ce sens qu'elle ne résulte jamais d'un droit étranger ; c'est l'idée que veut exprimer Justinien, lorsqu'il qualifie la dette de *vinculum juris* formé *secundùm nostræ civitatis jura*. L'engagement dépourvu d'action n'appartient pas à la catégorie des obligations civiles ; il rentre dans la classe inférieure des obligations naturelles, dont on appréciera plus tard l'intéressante théorie. Voilà donc une première et large division des obligations, tirée de leurs effets plus ou moins énergiques.

Deuxième division. — Mais l'action elle-même, qui est le signe et l'essence des obligations civiles, s'y trouve attachée le plus souvent par une loi proprement dite ou par une autorité de force équivalente, d'autres fois par l'édit des magistrats. Les obligations civiles se subdivisent donc au point de vue de la source du droit qui les a sanctionnées ; les premières gardent le nom de civiles par excellence, les secondes s'appellent honoraires ou moins exactement prétoriennes. En les qualifiant de *honorariæ*, on veut dire qu'elles émanent des magistrats *qui constituti sunt in honore*; en les qualifiant de *prætoriæ*, on veut dire qu'en cette matière l'Édit des préteurs fut le plus fécond. Justinien fait allusion à cette dualité d'origine par les mots déjà cités de *nostræ civitatis jura* (*Inst.*, p. 1, *hic*).

Troisième division. — Enfin les obligations civiles ou honoraires tirent leur existence de différentes causes ou circonstances, dont le nombre et les caractères ne sont pas constatés avec toute la précision désirable. Gaïus les réduit à deux, le contrat et le délit; ailleurs il en signale qui ne sont ni des contrats ni des délits, mais qui ne manquent pas d'une certaine ressemblance avec ceux-ci ou ceux-là. Il ne distinguait donc, en définitive, que deux causes principales et deux grandes classes d'obligations, où venaient improprement s'en ranger d'autres, dérivées de faits à peu près analogues. Justinien lui emprunte cette division : *aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio.* Dans le langage moins exact, mais plus ferme, de la science moderne, nous reconnaîtrons quatre grandes causes d'obligations, le *contrat*, le *quasi-contrat*, le *délit*, le *quasi-délit*. Les deux premières rattachent la naissance du droit à un fait licite, les deux dernières

à un fait illicite (*Gaïus*, III, 88 ; f. 4, p. 5, *Dig.* 44-7 ; *Inst.*, p. 2, *hic*).

Outre ces quatre causes d'obligations, on peut en cinquième lieu signaler la loi, créatrice unique et directe de quelques dettes spéciales, par exemple, de la dette alimentaire entre certaines personnes, de la nécessité de payer l'impôt, etc.

CHAPITRE XIV

DES CONTRATS EN GÉNÉRAL, OU DE LA PREMIÈRE CAUSE DES OBLIGATIONS.

252. Les contrats, œuvre volontaire et commune du créancier et du débiteur, sont la cause la plus habituelle et la plus féconde des obligations.

Tout contrat suppose une convention ; mais toute convention ne constitue pas un contrat.

La convention est le résultat du concours de deux ou plusieurs volontés sur un même objet, *in idem placitum consensus*. La convention est-elle munie d'une action par le droit civil ? on doit alors l'appeler contrat. Est-elle, au contraire, dépourvue de cette sanction ? on doit alors l'appeler pacte. Le *contractus* et le *pactum* sont donc les deux espèces d'un même genre, la *conventio ;* le *contractus* a sur le *pactum* l'avantage d'engendrer une action. La théorie des pactes ne viendra qu'après la théorie des contrats.

§ I

Éléments des contrats.

253. Dans tout contrat, on rencontre ou l'on peut rencontrer trois sortes d'éléments : accidentels, naturels, essentiels.

Éléments accidentels. — Les éléments accidentels d'un contrat sont les circonstances que les parties y introduisent librement pour en modifier la durée ou les effets, mais qu'on n'y sous-entend pas ; telles sont en général les modalités, comme le terme, la condition, etc. Papinien les nomme *adminicula* (f. 72, *Dig.* 18-1).

Éléments naturels. — Les éléments naturels d'un contrat sont les circonstances qui l'accompagnent d'ordinaire et qu'on y sous-entend, mais que les parties ont le droit d'en retrancher par une clause expresse ; telle est la garantie dans la vente, etc.

254. **Éléments essentiels.** — Les éléments essentiels d'un contrat sont les circonstances indispensables à sa formation, et faute desquelles il n'existe pas. Ce sont le consentement, la capacité, l'objet et la *causa*.

Du consentement. — Le consentement est l'accord réciproque des volontés ; il n'y a de contrat que si deux ou plusieurs personnes s'entendent pour contracter ensemble, à titre de créancier et de débiteur. Une promesse purement unilatérale, c'est-à-dire non acceptée par une volonté qui s'accorde avec la volonté de son auteur, ne constitue pas un contrat, et forme ce qu'on appelle dans la langue technique une simple *pollicitatio*. Il nous faudra rechercher en quel cas le consentement fait absolument défaut, en quel cas il n'est qu'imparfait ou vicié, et de quel poids il pèse alors dans la balance du droit.

De la capacité. — La capacité est l'aptitude juridique à contracter. On conçoit *à priori* que la loi, souveraine appréciatrice de la valeur des actes privés, peut refuser à certaines personnes, dans leur intérêt ou dans l'intérêt d'autrui, la faculté de contracter efficacement, qui n'est autre que la capacité. En thèse générale, on l'exige plus rigoureusement dans celle des parties qui joue le rôle de débiteur. Le tableau des incapables sera facile à tracer.

De l'objet. — L'objet du contrat, au fond, n'est que l'obligation, puisqu'on le fait pour la créer. Mais l'obligation elle-même ne saurait exister sans un objet, c'est-à-dire sans une prestation due par le débiteur au créancier, sans une *res solvenda*. De là vient qu'en omettant l'idée intermédiaire, on entend par objet du contrat ce qui est théoriquement l'objet de l'obligation, en un mot, la prestation due, la *res solvenda*. Or on connaît déjà les qualités ou caractères indispensables à cet objet de l'obligation ou du contrat, et les difficultés de détail surgiront en leur temps.

De la causa. — Ces trois premiers éléments essentiels du contrat sont les mêmes dans le droit romain et dans le droit français. Mais le quatrième, bien que nommé du nom de cause par les deux législations, y relève de principes absolument opposés. Chez nous, la cause du contrat est sa *cause finale*, c'est-à-dire le but juridique qu'a voulu atteindre l'auteur de la promesse. A Rome, la cause du contrat est sa *cause efficiente*, c'est-à-dire un fait extérieur qui accompagne la convention et qui la rend obligatoire. Supposons par exemple que Secundus contracte envers Primus, dans la forme

écrite ou verbale, l'obligation de lui rendre une somme d'argent qu'il va lui emprunter, et qu'après l'accomplissement de ces solennités constitutives du contrat, Primus refuse à Secundus de lui compter les espèces; alors va se révéler avec éclat la différence du droit de Rome et de notre droit actuel. En effet, le contrat français sera nul, faute de cause, parce que l'engagement de Secundus n'a pas atteint son but juridique, c'est-à-dire le versement de la somme. Au contraire, le contrat romain sera valable, parce que l'engagement de Secundus repose sur une cause, c'est-à-dire sur le fait extérieur et légalement efficace de l'écriture ou de la parole. Si telle est la rigueur de l'antique théorie civile, on verra que l'équité du préteur et des jurisconsultes sut la tempérer dans la pratique.

Par la réunion de ces quatre éléments essentiels, consentement, capacité, objet, de cause, le contrat est formé *in genere*. Mais à quelle classe de contrats appartient-il ? de quel nom faut-il le nommer? On fait sortir ces notions plus intimes de l'examen d'autres éléments essentiels qui sont particuliers à chaque contrat, et qui en déterminent l'individualité.

§ II

Divisions des contrats.

255. Les contrats sont susceptibles de plusieurs divisions, qu'on ne retrouve pas toutes dans les textes, mais dont le germe s'y rencontre forcément; car il en est qui tiennent à la nature des choses.

1° *A titre onéreux ou gratuit.* — Au point de vue du motif déterminant, les contrats sont *à titre gratuit*, quand le motif qui a décidé les parties à conclure est une libéralité que l'une veut faire à l'autre ; ils sont *à titre onéreux*, quand ce motif est un équivalent reçu ou à recevoir. Cette distinction est importante dans la pratique, parce qu'il y a des personnes capables de contracter entre elles à titre onéreux, mais non à titre gratuit ; tels sont les époux.

Les contrats à titre onéreux se subdivisent en *commutatifs* et *aléatoires*, selon que l'équivalent consiste dans une valeur certaine ou dans une chance éventuelle, *alea* (f. 8, p. 1, *Dig*. 18-1).

2° *Unilatéraux ou synallagmatiques*. Au point de vue de la simplicité ou de la multiplicité des rapports de droit engendrés, les contrats sont *unilatéraux* quand ils n'obligent que l'une des parties, *bilatéraux* ou *synallagmatiques* quand ils les obligent l'une et l'autre.

Juridiquement et doctrinalement, la division devrait en rester là. Mais on subdivise pourtant les contrats bilatéraux ; on les appelle *synallagmatiques parfaits* dans les cas où les deux parties sont obligées ensemble dès le début, et *synallagmatiques imparfaits* dans les cas où l'une des parties est seule obligée à l'origine, sauf que l'autre peut le devenir aussi dans la suite. Tous les contrats synallagmatiques parfaits sont commutatifs.

3° *Nommés ou innommés.* — Au point de vue des qualifications qu'on leur applique, les contrats sont *nommés*, quand ils ont reçu un baptême juridique, une désignation individuelle ; l'action qui en dérive a d'habitude le même nom ; ainsi les contrats de vente, *emptio venditio*, de commodat, *commodatum*, engendrent les actions *empti venditi*, *commodati*, etc. Sont au contraire *innommés* les contrats qui n'ont pas une appellation propre. Multiples et divers comme les exigences et les besoins de la vie sociale, ils comprennent toutes les conventions non prévues dans la loi, mais révélées par un fait d'exécution qui en devient la cause obligatoire ; ils engendrent tous une même action générale et commune, qu'il faudra plus tard étudier sous le titre d'*actio ex præscriptis verbis*.

256. Ces trois premières divisions des contrats se retrouvent nécessairement dans toutes les législations ; mais les deux suivantes ont une apparence plus antique.

4° *De droit strict ou de bonne foi.* — Au point de vue des pouvoirs du juge appelé à les sanctionner, les contrats sont de droit strict, *stricti juris*, quand il doit en appliquer rigoureusement la lettre ; ils sont de bonne foi, *bonæ fidei*, quand il peut suppléer aux omissions des parties *ex æquo et bono*, c'est-à-dire d'après la justice naturelle, les usages locaux et l'esprit de la convention. Tous les contrats unilatéraux sont de droit strict ; tous les contrats synallagmatiques parfaits ou imparfaits sont de bonne foi.

5° *Verbaux, littéraux, réels ou consensuels.* — Au point de vue de la *causa* ou fait générateur de l'action, les contrats sont verbaux, littéraux, réels ou consensuels. Les contrats verbaux et littéraux ont pour caractère commun de reposer sur un fondement artificiel. Ils se forment, en effet, les premiers *verbis*, c'est-à-dire par certaines paroles, les seconds *litteris*, c'est-à-dire par des écritures déterminées. Ces solennités arbitraires, une fois adjointes aux trois conditions préalables du consentement, de la capacité et de l'objet, produisent le *vinculum juris*, sans qu'on ait à rechercher si le dé-

biteur obtient ou non l'avantage qu'il poursuivait en s'engageant. Bref l'obligation y naît d'une forme légale; la cause y est factice et s'appelle pour ce motif *causa civilis*. Ces deux espèces de contrats ont une physionomie essentiellement romaine, et doivent à ce titre précéder les autres dans notre étude.

Les contrats réels n'encourent pas la même critique. Ils se forment *re*, c'est-à-dire par une tradition ou livraison qui oblige l'*accipiens* à une restitution; rien de plus équitable ni de plus rationnel. Si l'on donne encore le nom de *causa civilis* à ce fait générateur de l'action, c'est uniquement pour exprimer que la loi accepte et consacre le résultat de la volonté des parties et de la remise effectuée. La *causa* des contrats réels pourrait donc s'appeler *naturalis* aussi bien que *civilis*.

Les contrats consensuels offrent enfin un caractère bien tranché. Seuls entre tous les contrats romains, ils n'ont pas besoin d'une *causa civilis*, d'un fait extérieur qui vienne s'ajouter aux trois conditions générales du consentement, de l'objet et de la capacité. Pour parler plus net, le simple accord de parties capables sur l'objet et les clauses essentielles de pareils contrats suffit à leur donner existence et vigueur. C'est en ce sens qu'ils se forment *solo consensu;* de là leur nom de consensuels. Ces contrats sont la vente, le louage, la société, le mandat, c'est-à-dire les plus importants et les plus usuels de tous. En raison même de leur fréquent emploi, on ne pouvait les soumettre à la gênante nécessité d'une forme précise, d'un cadre déterminé, d'une *causa civilis*.

257. La conséquence générale de cette célèbre division est facile à poser. Les contrats verbaux et littéraux, frères par la naissance et par les effets, constituent la grande classe des contrats solennels, dont la *causa civilis* est artificielle; les contrats réels, dont la *causa civilis* n'a rien d'arbitraire, et les contrats consensuels, dispensés de toute *causa civilis*, sont des rameaux de la branche des contrats non solennels. Cette large classification se retrouve, sinon dans la lettre de la loi romaine, au moins dans son esprit.

La nécessité de *verba* ou de *litteræ* dans les contrats solennels a valu de nos jours, aux législateurs de Rome, bien des accusations de formalisme et de matérialisme, mais il n'est pas impossible de les en défendre. Qu'on se reporte aux vieilles époques des Douze Tables et de la République; l'écriture est alors peu répandue, et les matériaux en sont rares; la preuve écrite des contrats, si facile

et si rapide aujourd'hui, ne pouvait être que l'exception pour les contemporains de Camille et de Fabricius. De là mille embarras et mille difficultés, lorsqu'un créancier voulait, après un délai de quelque longueur, établir son droit contre un débiteur récalcitrant. Pour obvier à ces inconvénients, il fallut user d'un moyen énergique et couper le mal par la racine.

On y parvint en subordonnant la formation du contrat à l'accomplissement d'un acte matériel, d'un fait extérieur, susceptible de frapper les sens et de rester dans la mémoire des témoins. En d'autres termes, on exigea que le contrat portât sa preuve en lui-même; le fond releva de la forme, et la loi n'attacha la force obligatoire qu'à l'accord de volontés revêtu d'apparences assez précises pour ne laisser aucun doute. Les contrats réels, dont la nature même suppose essentiellement l'acte matériel, le fait extérieur de la tradition, et les contrats consensuels, dont l'usage quotidien répugnait à l'exigence d'une cérémonie ou solennité quelconque, furent seuls dispensés de la *causa civilis* artificielle qu'on imposait aux autres contrats. Il n'y a rien que de naturel et de plausible dans cette conjecture.

CONTRATS VERBAUX

CHAPITRE XV

FORMES ET CONSÉQUENCES GÉNÉRALES DE LA STIPULATION.

(*Inst.*, III, t. XV.)

258. Les contrats verbaux et littéraux, en leur qualité de solennels, s'offrent tout d'abord à l'explication. L'importance supérieure des contrats verbaux les place logiquement en première ligne.

Le principal des contrats *verbaux* est la stipulation. En effet, la stipulation est moins une convention spéciale, distincte, individualisée par le motif et le but, qu'une enveloppe susceptible de fortifier toute convention licite. Tandis que les autres contrats, vente, louage, gage, prêt, etc., répondent tous à des besoins déterminés et produisent chacun son effet propre, la stipulation n'est qu'un procédé général et commode pour contracter, une formule destinée à créer un engagement juridique. On a pu la définir avec justesse un moule à obligations.

On recouvrait de cette forme souple et flexible, tantôt de simples conventions préalables qu'on élevait par ce moyen au rang de contrats, tantôt des contrats déjà valables dont l'exécution devenait ainsi plus facile et plus certaine, tantôt des engagements quelconques et préexistants qu'il s'agissait de nover. C'est en raison de cette singulière multiplicité d'usages que les jurisconsultes prirent l'habitude, suivie par Justinien dans les Institutes, de poser à propos de la stipulation la plupart des grandes règles qui dominent toute la théorie des obligations contractuelles. Il y a donc avantage à commencer par cet important contrat verbal, qui sert de type et de point de comparaison.

259. **Formes de la stipulation.** — Une question préalable du créancier, une réponse conforme du débiteur, c'est là tout le mécanisme de la stipulation. Question et réponse doivent avoir lieu dans cet ordre ; si les rôles étaient intervertis, et que le débiteur prît l'initiative, le créancier aurait beau adhérer, notre contrat ne se formerait pas. Le terme général de stipulation désigne souvent l'opération tout entière ; mais on donne dans un sens plus restreint le nom de *stipulatio* à la question préalable du créancier, et le nom de *promissio* à la réponse conforme du débiteur. Aussi *stipulari* signifie-t-il acquérir une créance, et *promittere* contracter une dette (*Inst.*, pr. *hic ; Gaïus*, III, 92; *Paul*, II, t. III ; f. 5, p. 1, *Dig*. 45-1).

Les contractants sont-ils au moins libres d'employer des paroles quelconques ? On peut conjecturer, d'après un texte de Paul, que des locutions solennelles et sacramentelles furent nécessaires dans le droit primitif; les Institutes donnent des exemples de ces anciennes formules : *spondes ? spondeo ; promittis ? promitto ; fidepromittis ? fidepromitto ; fidejubes ? fidejubeo ; dabis ? dabo ; facies ? faciam* (*Paul*, V, t. VII, p. 1 ; *Inst.*, p. 1, *hic*).

Déjà les jurisconsultes classiques permettaient aux contractants de traduire dans un autre idiome ces expressions latines. Gaïus à la vérité ne parle que du grec, et l'extension de ce privilége à d'autres langues, mal connues et d'ailleurs dédaignées des Romains, paraissait douteuse au novateur Ulpien lui-même, dans le troisième siècle de notre ère. Mais le besoin triomphe à la longue des traditions les plus rebelles, et l'on dut finir par admettre dans la stipulation l'emploi d'une langue quelconque. La question et la réponse purent même se faire en deux langues différentes, pourvu

que les parties se comprissent réciproquement. En d'autres termes, l'accord ne fut plus exigé dans l'idiome, mais seulement dans l'intelligence des mots. La seule formule *spondesne? spondeo* resta propre aux citoyens romains, jusqu'au jour où l'empereur Léon, en 469, consomma l'œuvre du temps et supprima toute solennité de paroles. Dès cette époque, par conséquent sous Justinien, la stipulation résulte de la question et de la réponse exprimées sous une forme quelconque (*Gaïus*, III, 93; f. 1, p. 6, *Dig*. 45-1; C. 10, *Cod*. 8-38; *Inst*., p. 1, *hic*).

Mais elle ne cesse point d'être un contrat verbal, toujours distinct des autres sources d'obligations : la preuve en est que Justinien la déclare encore impossible entre absents et pour les muets ou les sourds, comme on le verra plus loin (*Inst*., III, t. XIX, p. 7, 12).

260. **Conséquences générales de la stipulation.** — Par son mécanisme, la stipulation est un contrat unilatéral; car elle ne produit qu'une obligation; le *stipulator* devient créancier, et le *promissor* devient débiteur. Si deux personnes veulent s'obliger réciproquement, *ultrò citròque*, elles n'ont qu'à faire deux stipulations successives, en intervertissant dans la seconde les rôles joués dans la première; mais il y aura là des opérations distinctes et sans nulle liaison.

La stipulation, contrat unilatéral, est par conséquent de droit strict; elle n'engendre qu'une action, de droit strict comme elle, et qui s'appelle *condictio* de son nom générique. Mais cette action unique peut se présenter sous deux aspects différents; c'est là tout ce que veut exprimer Justinien, en disant que de la stipulation *duæ proficiscuntur actiones*. En effet, une *stipulatio certa* donne naissance à la *condictio certi*; une *stipulatio incerta* donne naissance à la *condictio incerti*, qu'on appelle plus habituellement *actio ex stipulatu*. L'intérêt pratique de cette subdivision ne manque pas de gravité; car on verra plus tard, au cours de la théorie des actions, que la différence des formules de la *condictio certi* et de la *condictio incerti* aboutit à rendre possible dans la première le danger éminemment romain de la *plus petitio*, qui est impossible dans la seconde (*Inst*. pr., *hic*).

Il n'est donc pas inutile de préciser le *criterium* des stipulations certaines ou incertaines. Sont d'abord et nécessairement incertaines toutes les stipulations qui tendent, soit *ad faciendum vel non*

faciendum, soit *ad præstandum*, ou plus simplement qui ne tendent pas *ad dandum*. Quant aux stipulations *ad dandum*, elles sont certaines lorsque l'objet promis au créancier par le débiteur est déterminé dans son individualité, *in specie*, *in individuo*, ou sous le triple rapport de sa nature, de sa qualité, de sa quantité, *quid, quale quantum sit*. Par exemple, Primus promet à Secundus la propriété de l'esclave Stichus, du cheval blanc qu'il a dans son écurie, du fonds Cornélien, ou de cent amphores du meilleur vin de Campanie, etc. Dans tout autre cas, la stipulation même d'un *dare* est incertaine ; par exemple, Primus promet à Secundus la propriété d'un esclave apte à jouer la comédie, d'une bête de somme propre au labour, de cent amphores de vin, d'un fonds en Italie, etc. C'est qu'en ces diverses hypothèses, alors que l'objet promis consiste dans un fait positif ou négatif, dans une jouissance, dans la translation d'une chose indéterminée par quelque côté, la *res solvenda* n'est pas absolument et totalement connue à l'avance ; l'énoncé du contrat ne suffit pas à la préciser, elle n'est donc pas *certa* (f. 74, 75, *Dig*. 45-1).

Si la *datio* promise par le débiteur n'est pas la constitution du droit de propriété, mais d'un de ses démembrements, comme d'une servitude prédiale ou d'un usufruit, certains jurisconsultes y voient toujours une stipulation incertaine ; d'autres l'assimilent à la *datio* de la propriété, sous les mêmes distinctions. Ce point de doctrine reste obscur et douteux, si bien que les deux thèses paraissent défendues par Ulpien (f. 75, p. 3, *Dig*. 45-1 ; f. 1, *Dig*. 13-3).

CHAPITRE XVI

ÉLÉMENTS ESSENTIELS DE LA STIPULATION. — CONTRATS INUTILES.

(*Inst.*, III, t. XIX.)

261. Dans le langage des Romains, on entend par *stipulatio utilis* celle qui est efficace, en sa qualité de conforme aux principes du droit civil ou prétorien, et par *stipulatio inutilis* celle que le droit civil ou prétorien refuse de sanctionner. Traiter avec Justinien des stipulations inutiles, c'est donc approfondir les éléments essentiels à leur existence d'après le droit civil, à leur validité d'après le droit prétorien.

On distingue, par conséquent, deux degrés de nullité des stipulations. Poursuivi en exécution d'une promesse contraire au droit civil, le promettant serait absous *ipso jure* et sans le secours d'aucune exception ; poursuivi en exécution d'une promesse contraire seulement au droit prétorien, le promettant serait condamné, si le préteur n'intervenait par une exception qui paralyse l'action. Les nullités prétoriennes ne font pas l'objet d'une étude spéciale et directe dans les Institutes ; aussi paraît-il nécessaire de les rapporter de place en place aux règles civiles qu'elles affectent.

On n'a pas oublié que la stipulation est le contrat le plus étendu, la manière par excellence de s'obliger, et que Justinien, à l'exemple des jurisconsultes, y rattache d'habitude l'exposé des théories générales. Or, entre les éléments essentiels des contrats, il n'en est qu'un dont la nature suppose des conditions particulières et distinctes : c'est la *causa civilis*, c'est-à-dire la forme exigée, qui consiste suivant les cas dans la *res*, dans les *verba* ou dans les *litteræ*. Les trois autres éléments essentiels, objet, consentement et capacité, offrent toujours les mêmes caractères. Il reste donc entendu qu'à l'exception des principes de la *causa civilis*, et s'il n'y a point de réserve expresse, les détails qui vont suivre ne se renferment pas dans le cadre de la stipulation et doivent s'étendre à tous les contrats en général.

SECTION PREMIÈRE

NULLITÉ QUI TIENT A LA CAPACITÉ.

(*Inst.*, III, t. XIX.)

262. C'est une question capitale que de savoir quelles personnes peuvent stipuler ou promettre, en d'autres termes, jouer le rôle de créancier ou de débiteur dans un contrat.

Il faut distinguer soigneusement la capacité naturelle et la capacité civile. Une personne est naturellement incapable, lorsqu'elle se trouve dans l'impossibilité de vouloir sérieusement, comme le *furiosus* et l'*infans*, ou dans l'impossibilité de participer aux formes exigées, comme l'absent, le muet ou le sourd à l'égard de la stipulation. Cette incapacité résulte de la force même des choses, se confond avec la nécessité du consentement ou de la *causa civilis*, et serait admise dans le silence même de la loi. Au contraire, une

personne est civilement incapable lorsque son consentement, quoique sérieux et revêtu des formes prescrites, n'a pas de valeur aux yeux du législateur, qui l'annule. Cette incapacité ne fait pas double emploi avec la nécessité du consentement ou de la *causa civilis*, puisqu'elle n'apparaît et n'opère qu'en les supposant réalisés l'un et l'autre.

Il n'est ici question que de la capacité civile, c'est-à-dire de l'aptitude légalement requise, pour contracter, dans les personnes qui ont d'ailleurs la faculté de consentir et d'accomplir la *causa civilis*.

§ I

Des pérégrins.

263. La capacité proprement dite des pérégrins était déterminée par leur loi nationale. Mais on sait qu'aux yeux de la loi romaine, les actes juridiques rentrent dans le *jus gentium* ou le *jus civile*, selon que les pérégrins sont investis ou dépourvus du droit d'y procéder valablement. A ce point de vue, les contrats sont du *jus gentium* en thèse générale; la qualité de citoyen romain n'est pas nécessaire pour devenir contractuellement créancier ou débiteur. On peut croire que la stipulation des premiers temps, par ses formules solennelles, excluait la participation des étrangers; mais il fallut bientôt lever cette barrière, et le besoin de faciliter les relations internationales ne laissa qu'un dernier refuge à l'intolérance originaire; la stipulation *spondesne? spondeo* demeura seule réservée aux citoyens, à l'exclusion des pérégrins. On verra cet esprit de progrès se faire jour même dans les contrats *litteris*, quoique marqués profondément de l'empreinte quiritaire (*Gaïus*. III, 93-94).

§ II

Des personnes en puissance.

264. Un principe également incontestable, c'est qu'à l'exception du *nomen transcriptitium* dont il sera traité plus tard, tous les contrats restent accessibles aux individus *alieni juris*, notamment à l'esclave et au fils de famille.

Signalons tout d'abord deux grandes règles fondamentales.

1° La personne *alieni juris* est admise à contracter pour obliger les autres envers le *paterfamiliâs*, mais non pour obliger le *paterfamilias* envers les autres. Le préteur seul déroge à cet axiome par

les actions dites *adjectitiæ qualitatis* (*Inst.*, III, t. XXVIII; IV, t. VII).

2° Le rapport de puissance entre le père de famille et les individus *in ejus potestate,* tout en leur permettant de stipuler d'un tiers les uns pour les autres, les empêche de stipuler efficacement les uns des autres. Cependant on admettait la possibilité d'une obligation naturelle entre ces diverses personnes. Il faut d'ailleurs noter que le fils de famille, du jour où les empereurs lui reconnurent la propriété de son pécule *castrense* ou *quasi castrense*, fut à l'égard de ses biens considéré comme un *paterfamilias* et mis au-dessus de la règle précitée (*Inst.*, p. 6, *hic;* f. 2, *Dig.* 18-1).

Établies sur ces bases communes, les deux situations de l'esclave et du fils de famille ne sont pourtant pas identiques ni égales.

265. Capacité contractuelle de l'esclave (*Inst.* III, t. XVII et XXVII). — L'esclave n'est pas une personne ; aux yeux de la loi, il n'est qu'une chose, une *res mancipi.* Il n'a donc en lui-même aucune capacité de contracter, ni comme créancier ni comme débiteur; il ne peut stipuler ni promettre.

Ce principe théorique est presque neutralisé dans la pratique par le principe inverse, que l'esclave joue le rôle d'un instrument d'acquisition pour son maître. S'il n'a pas de capacité personnelle, il emprunte du moins celle du *dominus*, dont il revêt le masque juridique, mais seulement à l'effet de devenir créancier. De là vient la règle : *Servus ex persona domini jus stipulandi habet* (*Inst.*, t. XVII, *hic*).

Des conséquences variées découlent de ces prémisses. Les stipulations de l'esclave sont nulles, lorsqu'elles ne peuvent *consistere ex domino,* c'est-à-dire se fonder sur la capacité du maître ; tel est le cas du *servus derelictus.* De plus, quand un esclave stipule, c'est comme si le maître stipulait en personne, et ce qui excéderait la capacité de ce dernier n'est pas valablement fait ; ainsi le *servus peregrini* ne saurait employer avec efficacité la formule *spondesne? spondeo.* Mais il va de soi que l'esclave n'est pas arrêté par les simples obstacles de fait qui peuvent gêner personnellement le maître dans l'exercice de ses droits, et qu'on a l'habitude de comprendre sous le nom d'incapacité naturelle. Ainsi l'esclave d'un fou, d'un muet, d'un sourd, d'une corporation, est admis sans aucun doute à stipuler pour le compte de ces personnes, bien qu'elles soient hors d'état de figurer individuellement dans une stipulation.

L'esclave stipule de différentes manières, en son nom propre, pour son maître, pour une autre personne soumise à la puissance du même *paterfamilias*, ou sans dire pour qui ; le résultat ne change pas, et la créance passe toujours au maître. Il en est ainsi, lors même que le maître ne voudrait pas de l'acquisition, ou qu'il aurait interdit à l'esclave de la réaliser ; *hoc nobis et ignorantibus et invitis obvenit*. Mais si l'esclave avait stipulé nominativement pour un tiers indépendant du *dominus*, la stipulation serait nulle, par application d'une règle qu'on étudiera bientôt, *alteri nemo stipulari potest* (*Inst.*, p. 1, *hic ;* II, t. IX, p. 3 ; *infrà*, n° 276).

L'esclave peut avoir pour maître une hérédité jacente, appartenir par indivis à plusieurs copropriétaires, enfin se trouver grevé d'un droit réel d'usufruit, d'usage, ou d'une possession de bonne foi. Il acquiert alors, au moyen de ses contrats, les créances à ses divers maîtres, dans la même mesure qu'il leur acquiert les droits réels au moyen des *modi adquirendi* proprement dits ; les principes et les détails sont identiques dans les deux ordres d'acquisitions (*suprà*, n° 233).

Du reste, puisque l'esclave n'emprunte la capacité du maître que pour le rendre créancier, et non pour le rendre débiteur, il aurait beau contracter une dette ; le maître n'en serait pas tenu. Mais elle subsisterait à la charge de l'esclave, en qualité d'obligation naturelle, comme on le verra plus tard.

266. **Capacité contractuelle de l'enfant de famille.** — Pour les personnes libres, la capacité de contracter est la règle, et l'incapacité n'est que l'exception, déterminée par l'impuberté, la tutelle ou la curatelle.

267. *Filiusfamiliâs pubère.* — Le *filiusfamiliâs* pubère se distingue dès lors de l'esclave par un trait essentiel. Investi d'une personnalité juridique qui lui est propre, d'une capacité distincte et individuelle, il n'a pas besoin, comme le *servus*, d'emprunter celle du *pater ;* il peut stipuler *ex personâ suâ*. On se rappelle néanmoins que le fils de famille n'a pas de patrimoine. Par conséquent, s'il devient créancier, la créance acquise entre dans le patrimoine du père qui en bénéficie ; telle est la règle primitive et pure, que vient battre en brèche la théorie des pécules, et dont l'application est quelquefois écartée par la nature du droit acquis. Si le fils de famille devient débiteur, son obligation n'enchaîne pas le père ;

mais elle n'est pas simplement naturelle comme la dette de l'esclave en pareil cas, elle est civile; seulement le créancier ne pourra le poursuivre sur des biens qu'il n'a pas, et devra pour le moment se contenter sans doute des voies d'exécution personnelle (1). Aussi est-il à croire que le fils de famille ne trouvait pas facilement à contracter seul des dettes.

268. *Filiusfamiliâs impubère.* — Quant au *filiusfamiliâs* impubère, en le supposant sorti de l'*infantia*, il peut acquérir de lui-même à son père toute espèce de droits, et, par conséquent, des créances. Mais s'agit-il de s'obliger? il en est absolument incapable, et son père n'a pas le pouvoir de l'y habiliter, ni par son ordre ni par son assistance. On sait, au contraire, que l'impubère *sui juris*, c'est-à-dire le pupille, s'oblige valablement *tutore auctore*. La raison de cette différence est facile à trouver. Il n'existe pas une *auctoritas patrisfamiliâs* correspondant à l'*auctoritas tutoris;* le père n'est pas chargé, comme le tuteur, de compléter par son intervention la personne de l'impubère placé sous sa puissance, parce que la personne de cet impubère se confond avec la sienne, au point de vue du patrimoine. L'impubère *alieni juris* n'a pas de biens, et ne saurait donc être dans la nécessité de contracter des obligations; dès lors on n'a pas songé à lui ouvrir l'accès de telles opérations juridiques. Ce principe devint gênant dans le Bas-Empire après l'introduction du pécule adventice; on parvint à le tourner, en donnant au père l'usufruit et l'administration tout ensemble des biens attribués sous ce titre à son fils impubère (*Inst.*, p. 10, *hic*).

269. *Filiafamiliâs.* — La capacité de la *filiafamiliâs* est moins clairement définie. Dans l'impuberté, elle ne diffère en rien du mâle de même âge. Mais, arrivée à la puberté, doit-on l'assimiler au fils pubère qui peut contracter créances et dettes, ou faut-il la maintenir encore et toujours dans la situation du fils impubère, qui peut bien devenir créancier, mais qui ne peut pas devenir débiteur même avec l'autorisation paternelle? Les textes sont contradictoires à cet égard; peut-être l'histoire du droit fournit-elle une solution plausible du problème. A l'origine, les femmes *sui juris*, même pubères, subissaient une tutelle perpétuelle, dont la tendance et le résultat étaient de leur rendre impossibles, sans l'au-

(1) Encore n'est-il pas certain que la puissance du père sur la personne du fils ne fit obstacle à cette exécution.

torisation de leur tuteur, les plus importants des actes juridiques, notamment les obligations; on voulait ainsi conserver le patrimoine des femmes dans leurs familles. Il serait donc étrange que les Romains de ces vieux temps leur eussent permis de compromettre à l'avance l'effet de la tutelle, en contractant valablement des dettes pendant qu'elles se trouvaient encore *alieni juris* et déjà pubères. Toute obligation leur était donc interdite, *ne patre quidem auctore*. Plus tard, lorsque la tutelle des femmes ne fut plus que nominale, on dut en effacer la conséquence désormais illogique, et la *filiafamiliâs* pubère eut la même capacité que le *filiusfamiliâs* pubère (*Fragm. Vat.*, 99; f. 9, p. 2; *Dig.*, 14-6).

§ III

Des personnes en tutelle ou curatelle.

270. Le pupille, c'est-à-dire l'impubère *sui juris*, est la seule personne pourvue d'un tuteur, après la disparition de la tutelle perpétuelle des femmes pubères. Sa capacité contractuelle relève de grandes règles déjà connues et développées. Est-il *infans*, en d'autres termes mineur de sept ans? il ne peut stipuler ni promettre. Est-il sorti de l'*infantia?* il peut devenir créancier *sinè auctoritate tutoris*, parce qu'il rend alors sa condition meilleure; il ne peut devenir débiteur que *tutore auctore*, parce qu'un tel rôle rendrait sa condition pire. Mais la combinaison de ces principes ne saurait en aucun cas lui procurer un enrichissement aux dépens d'autrui (p. 9, 10, *hic*).

Le très-ancien droit romain subdivisait les pupilles sortis de l'*infantia* en *proximi infantiæ* et *proximi pubertati;* les premiers étaient assimilés aux *infantes*. Cette subdivision, fondée sur l'état intellectuel du pupille, et non sur son âge, ne conserva d'importance qu'en matière de délits (*Gaïus*, III, 109).

Pour les personnes pourvues d'un curateur, la théorie est la même. Sans revenir sur les diverses applications de la curatelle, il suffit de constater, en thèse générale, que l'individu *in curâ* est capable de stipuler seul et sans assistance, mais incapable de promettre *sine consensu curatoris*. Car *facit conditionem suam meliorem* dans la première hypothèse, et dans la seconde *facit deteriorem* (*suprà*, n° 126).

A ce tableau des incapacités générales du droit romain il faut joindre certaines incapacités spéciales, dont il sera traité sur d'au-

tres points. C'est ainsi que le célèbre sénatus-consulte Velléien a déclaré la femme incapable de toute *intercessio* (*Dig.*, 16-1).

SECTION DEUXIÈME.

NULLITÉ QUI TIENT AU CONSENTEMENT.

(*Inst.*, III, t. XIX.)

Le consentement est le fond même de la stipulation et d'un contrat quelconque. Or il peut manquer tout à fait, ou se trouver seulement infecté de vices qui l'infirment plus ou moins.

270. Les vices du consentement, c'est-à-dire les causes qui l'altèrent sans le supprimer, sont le dol, la violence, et certains cas d'erreur. De quels remèdes usera le contractant dont le consentement est vicieux? Suivant les hypothèses, et pour échapper à l'exécution du contrat, il emploiera des exceptions, ou les actions de dol et de violence, *de dolo*, *quod metûs causâ*, ou les *restitutiones in integrum propter dolum*, *propter metum*, *propter errorem*. Tous ces moyens sont d'origine prétorienne, et tous supposent reconnue par le droit civil la validité des actes qu'ils attaquent. Il paraît donc évident que les vices du consentement ne font pas obstacle à la formation du contrat et n'en causent pas la nullité. Dès lors la théorie en sera mieux comprise ailleurs, et trouvera sa vraie place dans l'ensemble des *exceptiones*, des *actiones* et des *restitutiones in integrum* (*Inst.*, IV, t. VI, p. 24, 27, 31; t. XIII, p. 9).

Il ne reste ici qu'à montrer les hypothèses où le défaut absolu de consentement empêche l'existence même civile du contrat. On en conçoit deux principales.

271. **Impossibilité de consentir.** — Dans le cas de démence, d'ivresse complète ou de délire quelconque, l'homme, privé de son intelligence, est en même temps privé de toute volonté sérieuse; il ne peut consentir, et serait nul tout contrat qu'il ferait en cette situation. La règle, écrite aux Institutes pour le *furiosus*, doit se généraliser (Just., p. 8, *hic*).

271 *bis*. **Erreur.** — L'erreur est dite *essentialis*, quand elle empêche le consentement, et, partant, le contrat; elle est dite *minùs essentialis* ou *concomitans*, quand elle reste sans influence sur le contrat.

L'erreur est *essentialis*, lorsque: 1° elle porte sur la nature du contrat; par exemple, Primus, dans l'intention de faire un dépôt, li-

vre une somme d'argent à Secundus qui croit la recevoir à titre de prêt; il n'y aura là ni dépôt ni prêt. 2° Elle porte sur les modalités du contrat; par exemple, Primus prête purement et simplement une somme à Secundus qui l'emprunte à terme ou sous condition, *vel vice versa.* 3° Elle porte *in corpore*, c'est-à dire sur l'identité individuelle de la chose qui doit former l'objet de l'obligation; par exemple, Primus stipule de Secundus l'esclave Stichus, et Secundus le promet; mais il avait en vue un autre esclave également appelé Stichus, ou qu'il croyait à tort nommé de ce nom. 4° Elle porte *in personâ*, c'est-à-dire sur l'identité individuelle de l'un des contractants; par exemple, dans un contrat consensuel, où l'une des parties peut transmettre à l'autre son consentement au moyen d'un tiers, je vous prends pour un messager qui m'apporte le consentement de Primus; mais vous m'apportez, en réalité, le consentement de Secundus; une telle erreur est inconcevable dans la stipulation qui suppose les deux parties en présence l'une de l'autre. Dans ces quatre cas, si l'on dit que l'erreur supprime le consentement indispensable à la formation du contrat, c'est qu'en effet l'opération, attentivement considérée sous tous ses aspects, est l'œuvre d'une volonté unique (*Inst.*, p. 5, 23, *hic*; ff. 18, pr. p. 1; f. 32, *Dig.*, 12-1).

L'erreur est *minus essentialis* ou *concomitans* lorsque: 1° Elle porte *in materiâ vel in substantiâ*, c'est-à-dire sur la composition physique de la chose qui fait l'objet de l'obligation; par exemple, Primus promet un vase d'or qu'il croit de cuivre, ou stipule un vase de cuivre qu'il croit d'or. 2° Elle porte *in qualitate*, c'est-à-dire sur les qualités matérielles ou morales, soit de l'objet de l'obligation, soit de la personne du contractant; par exemple, je stipule un vase d'or que je croyais solide, j'achète un esclave que je croyais laborieux, je loue ma maison à Séius que je croyais de bonne condition; mais l'événement a déçu ma croyance. 3° Elle porte sur le motif déterminant du contrat; par exemple, je vous promets une somme d'argent pour éteindre une dette dont je me crois tenu envers vous, et cette dette n'existe pas. Dans ces divers cas et plusieurs autres analogues qu'on pourrait y joindre, si l'erreur n'empêche pas la formation du contrat, c'est que les deux volontés, quoique mues par des considérations fausses, se sont effectivement rencontrées et mises d'accord sur l'opération actuelle et le résultat immédiat (f. 22, *Dig.*, 45-1; f. 10, *Dig.*, 18-1; f. 65, p. 2, *Dig.*, 12-6).

Par exception, Ulpien faisait de l'erreur *in materiâ* une cause de nullité dans la vente (peut-être aussi dans le louage), à la double condition que l'erreur fût du côté de l'acheteur, et que la chose achetée ne contînt aucune portion de la substance dont il la croyait composée tout entière (f. 9, p. 2 ; f. 14, *Dig.*, 18-1).

SECTION TROISIÈME

NULLITÉ QUI TIENT A L'OBJET.

(*Inst.*, III, t. XIX.)

L'objet de l'obligation ou du contrat, dans le sens précédemment indiqué, peut être une dation, un fait actif ou passif, *dare, præstare, facere vel non facere* (*suprà*, n° 249).

§ I
Vices de l'objet.

272. Il faut que l'objet ou *res solvenda*, quel qu'il soit, se trouve assez déterminé, pour que l'exécution littérale de l'obligation offre au créancier un avantage pécuniairement appréciable. Sont nulles à ce titre : 1° la promesse de livrer quelque chose, sans dire quoi, parce que l'objet est indéterminé dans sa nature ; 2° la promesse de livrer un animal, parce que l'objet, déterminé dans sa nature, est absolument indéterminé dans son espèce ; 3° la promesse de livrer du blé, du vin, des fruits, etc., parce que l'objet, déterminé dans sa nature et dans son espèce, est absolument indéterminé dans son étendue ; 4° la promesse de bâtir une maison sans fixation de lieu, parce que l'objet ne présente aucun élément saisissable d'appréciation.

Ces diverses hypothèses laissent le débiteur maître de sa dette, ce qui équivaut à dire qu'il n'est pas obligé (f. 115, *Dig.*, 45-1).

Il faut, en outre, que l'objet ou *res solvenda*, quel qu'il soit, se trouve possible ; sinon l'obligation est nulle, en ce double sens que le créancier n'obtiendra ni la prestation promise ni une indemnité pécuniaire. *Impossibilium nulla est obligatio*, dit le proverbe ; vainement les parties auraient-elles ajouté une clause pénale au contrat pour le cas d'inexécution ; la stipulation de la peine serait elle-même frappée de nullité (f. 85, *Dig.*, 50-17 ; f. 69, *Dig.*, 45-1).

Or on distingue deux sortes d'impossibilité.

273. *Impossibilité physique.* — L'impossibilité de l'objet est *naturelle* ou *physique*, quand le débiteur promet, soit une chose qui n'existe plus, comme un esclave mort, ou qui ne peut exister, comme un hippocentaure, soit un fait qui est au-dessus de la portée de l'homme, comme de boire toute l'eau du Tibre ou de toucher le ciel du doigt. Toujours faut-il que l'obstacle soit insurmontable ; une difficulté d'exécution, même très-grande, ne constitue pas l'impossibilité naturelle, et le débiteur n'est pas admis à s'en prévaloir contre son obligation ; c'est ainsi que le *promissor* imprudent de la chose d'autrui se trouve dans l'alternative de la procurer au créancier ou de lui en payer l'estimation. Rien n'empêche d'ailleurs de promettre valablement une *res futura*, comme la récolte de l'année prochaine, l'enfant qui naîtra de l'esclave Aréthuse, etc. ; mais alors la stipulation est nécessairement *incerta* (*Inst.*, p. 1, *hic*; f. 75, p. 4 ; f. 137, p. 4, *Dig.* 45-1).

Impossibilité juridique. — L'impossibilité de l'objet est *juridique* ou *légale*, quand une règle de droit s'oppose à l'accomplissement de la prestation. Les textes citent les cas suivants : 1° une promesse de s'abstenir porte sur un fait légalement obligatoire ou sur une faculté essentielle ; ainsi un *judex* s'engage à ne pas juger, une personne s'engage à ne pas se marier ; 2° une promesse de faire porte sur un acte illicite et prohibé ; ainsi je m'engage à commettre *homicidium vel sacrilegium ;* 3° une promesse de donner porte sur une chose hors du commerce. Or une chose est *extrà commercium* absolument, lorsqu'elle ne comporte aucune appropriation privée ; telles sont les personnes libres, les *res sacræ*, *religiosæ*, *sanctæ*, les *res publicæ*, etc. Une chose est *extrà commercium* relativement, lorsqu'elle ne comporte pas le droit de propriété d'un individu déterminé ; tels sont les fonds provinciaux à l'égard du gouverneur de la province, les esclaves chrétiens à l'égard d'un juif, d'un hérétique ou d'un païen, etc. C'est pour le stipulant que la chose doit être dans le commerce ; il importe peu qu'elle soit ou non susceptible d'appartenir au promettant ; par exemple, le gouverneur de province, qui ne peut stipuler un fonds situé dans son ressort, est admis à le promettre valablement, et devra faire en sorte de le procurer au créancier, sous peine de payer une indemnité pécuniaire (*Paul*, III, t. IV[b], p. 2 ; C. 30, *Cod.* 2-3 ; *Inst.*, p. 24, *hic ;* f. 62, *Dig.*, 18-1).

274. *Conséquences.* — La stipulation dont l'objet est impossible,

nulle dès l'origine, restera toujours nulle, alors même que l'homme libre deviendrait esclave, ou que la *res sacra* deviendrait profane, etc. Le sort d'un tel contrat n'a rien d'éventuel et demeure dors et déjà fixé. Ce serait même en vain qu'on le subordonnerait à la disparition de l'obstacle, par exemple dans ces termes : *illum, quùm servus esse cœperit, dare spondes?* ou *locum, quùm ex sacro profanus esse cœperit, dare spondes?* La règle générale est que l'apposition d'une condition ne saurait valider un contrat nul en son objet, la prestation promise fût-elle de nature à se trouver possible et licite le lendemain. Par exception, si l'on stipule une chose dont on est actuellement propriétaire, on évite la nullité du contrat en le subordonnant à la condition de la perte de la propriété (f. 31, *Dig.*, 45-1).

274 *bis*. La bonne foi du stipulant, c'est-à-dire son ignorance du vice de l'objet, ne sauve pas la stipulation ; ainsi Primus a stipulé un homme libre qu'il croyait esclave, une *res sacra* qu'il croyait *in commercio* ; aucune action ne lui est donnée pour exiger la chose ou son estimation. Mais cette dernière rigueur tient à la nature de droit strict de la stipulation ; aussi verra-t-on qu'elle ne s'applique point dans les contrats *bonæ fidei*, notamment dans la vente où le créancier obtient du moins, en pareille hypothèse, une indemnité pécuniaire à la place de la chose (*Inst.*, p. 2, *hìc* ; III, t. XXIII, p. 5).

274 *ter*. On peut, en outre, supposer que l'objet, possible au moment du contrat, devienne par la suite naturellement ou juridiquement impossible. Les textes offrent alors une distinction très-simple. 1° Tantôt l'impossibilité d'exécution s'est produite par le fait actif du débiteur. Dans ce cas, il doit toujours et dans tout contrat indemniser le créancier, ce qui revient à dire que son obligation a persisté ; il en est ainsi par exemple, quand le débiteur d'un esclave l'affranchit. 2° Tantôt l'impossibilité d'exécution s'est produite sans le fait actif du débiteur. Dans ce cas, lorsque la cause qui a supprimé l'objet est fortuite ou de force majeure, l'obligation s'éteint toujours ; c'est le résultat qui se produit, par exemple, si je suis tenu de donner un esclave, et qu'il meure ou qu'on me le ravisse. Lorsque la cause qui a supprimé l'objet est le fait passif, c'est-à-dire la faute ou négligence du débiteur, il se trouve libéré quand même dans la stipulation, qui est de droit strict ; mais il doit une indemnité dans les contrats de bonne foi, suivant des

règles et dans une mesure propres à chacun d'eux ; telle est l'hypothèse où le vendeur d'un esclave le laisse mourir, par défaut de soins, avant la tradition (ff. 83, p. 5 ; f. 91, pr. et p. 1 ; f. 136, p. 1, *Dig.*, 45-1).

Imaginons enfin que l'exécution, devenue impossible après le contrat, redevienne possible par une nouvelle transformation de l'objet. Malgré quelques dissidences, le principe romain paraît bien être que l'obligation ne ressuscite pas et reste définitivement nulle (f. 79, p.3, *Dig.*, 32 ; f. 27, *Dig.*, 34-4 ; f. 98, p. 8, *Dig.*, 46-3 ; *Inst.*, p. 2, *hic*).

§ II

Stipulation au profit d'autrui, promesse du fait d'autrui.

Outre les diverses conditions précédemment requises dans l'objet, il doit offrir un dernier caractère moins extérieur et plus délicat. Pour la validité du contrat, il faut que le promettant s'oblige lui-même, et que le stipulant devienne personnellement créancier.

275. **Promesse du fait d'autrui.** — On ne peut promettre le fait d'autrui : *Nemo alienum factum promittere potest.* Si donc la dette est mise à la charge d'un tiers, par exemple, si Primus promet à Secundus que Tertius lui donnera quelque chose ou réalisera un fait à son profit, il n'y a pas d'obligation (*Inst.*, p. 3, *hic;* f. 38, *Dig.*, 45-1 ; f. 65, *Dig.*, 46-1).

Cette règle ne signifie pas précisément que Tertius n'est pas obligé ; la chose va de soi, et n'est qu'une conséquence de cet axiome de droit et de bon sens, que nos actes ne lient que nous-mêmes : *Est certissimum ex alterius contractu neminem obligari* (C. 3, *Cod.* 4-12).

Notre principe a donc une portée plus haute, et veut dire que le promettant lui-même, Primus, n'est pas obligé dans l'hypothèse ; il ne devra rien, même au cas probable où le tiers refusera d'exécuter la prestation promise.

Ce résultat est général et s'applique indistinctement aux contrats de droit strict ou de bonne foi, bien que des interprètes aient voulu le restreindre aux premiers. En effet, les textes l'étendent formellement à tous. De plus, le motif juridique en est absolu ; car le promettant du fait d'autrui n'a pas voulu ce qu'il pouvait, c'est-à-dire s'obliger lui-même, et n'a pas pu ce qu'il voulait, c'est-à-dire obliger un tiers (f. 5, p. 4, *Dig.*, 13-5 ; f. 83, *Dig.*, 45-1).

Il faut seulement reconnaître qu'à propos du contrat de stipula-

tion, un argument spécial vient corroborer cette raison primordiale. Puisque l'obligation y doit naître, non de la simple intention des parties, mais des paroles qu'elles prononcent, il est clair que la *causa civilis* fait absolument défaut de la part du tiers ; on ne s'engage *verbis* que par sa propre bouche (f. 38, p. 17, *Dig.*, 45-1).

Hypothèses en dehors de la règle. — La règle qu'on ne s'oblige pas en promettant le fait d'autrui, d'après ce motif si net qui l'explique, est étrangère à tous les cas où le promettant a réellement l'intention de s'obliger lui-même. Cette intention résulte notamment de l'addition d'une clause pénale ou d'une caution. Elle apparaît aussi dans l'hypothèse où le promettant se *porte fort* pour le tiers, *se effecturum, se curaturum ut alius daret*. Elle peut enfin se trouver dans toute promesse du fait d'autrui qui n'est que l'accessoire ou le prolongement d'une promesse qu'on souscrit pour soi-même ; tel est le cas où Primus, en s'obligeant envers Secundus, ajoute qu'il aura Tertius pour fidéjusseur. Le trait commun de tous ces exemples, c'est que le promettant veut s'obliger personnellement, en même temps qu'obliger le tiers ; il atteint le premier de ces deux résultats, mais le second lui reste inaccessible (*Inst.*, p. 3, 21, *hic ;* f. 14, p. 2, *Dig.*, 13-5).

Exceptions à la règle. — Si les hypothèses précédentes ne sont qu'étrangères à la sphère d'application du principe, on rencontrera de véritables exceptions dans certaines mesures prétoriennes qui viendront à leur place ; telles sont la stipulation *de rato* et la stipulation *alium certo die et certo loco sisti*. Ces promesses pour autrui obligent directement leur auteur, abstraction faite de sa volonté; car le préteur, en les établissant, avait pour objet de perfectionner la procédure, de faciliter l'administration de la justice et de rendre possible la défense des absents.

276. **Stipulation au profit d'autrui.** — On ne peut stipuler pour autrui : *Alteri nemo stipulari potest.* Si donc la créance doit naître sur la tête d'un tiers ; par exemple, si Primus stipule de Secundus quelque chose ou quelque fait au profit de Tertius, il n'y a pas d'obligation.

Il ne faut pas entendre par là que Titius ne devient pas créancier; on n'exprime point des vérités aussi certaines; il est bien manifeste que Tertius, étranger au contrat, n'en saurait partager les conséquences. La loi nous permet sans doute d'améliorer la condition d'autrui ; mais si je veux procurer un avantage juridique

L'esclave stipule de différentes manières, en son nom propre, pour son maître, pour une autre personne soumise à la puissance du même *paterfamilias*, ou sans dire pour qui; le résultat ne change pas, et la créance passe toujours au maître. Il en est ainsi, lors même que le maître ne voudrait pas de l'acquisition, ou qu'il aurait interdit à l'esclave de la réaliser; *hoc nobis et ignorantibus et invitis obvenit.* Mais si l'esclave avait stipulé nominativement pour un tiers indépendant du *dominus*, la stipulation serait nulle, par application d'une règle qu'on étudiera bientôt, *alteri nemo stipulari potest* (*Inst.*, p. 1, *hìc;* II, t. IX, p. 3; *infrà*, n° 276).

L'esclave peut avoir pour maître une hérédité jacente, appartenir par indivis à plusieurs copropriétaires, enfin se trouver grevé d'un droit réel d'usufruit, d'usage, ou d'une possession de bonne foi. Il acquiert alors, au moyen de ses contrats, les créances à ses divers maîtres, dans la même mesure qu'il leur acquiert les droits réels au moyen des *modi adquirendi* proprement dits; les principes et les détails sont identiques dans les deux ordres d'acquisitions (*suprà*, n° 233).

Du reste, puisque l'esclave n'emprunte la capacité du maître que pour le rendre créancier, et non pour le rendre débiteur, il aurait beau contracter une dette; le maître n'en serait pas tenu. Mais elle subsisterait à la charge de l'esclave, en qualité d'obligation naturelle, comme on le verra plus tard.

266. **Capacité contractuelle de l'enfant de famille.** — Pour les personnes libres, la capacité de contracter est la règle, et l'incapacité n'est que l'exception, déterminée par l'impuberté, la tutelle ou la curatelle.

267. *Filiusfamiliàs pubère.* — Le *filiusfamiliàs* pubère se distingue dès lors de l'esclave par un trait essentiel. Investi d'une personnalité juridique qui lui est propre, d'une capacité distincte et individuelle, il n'a pas besoin, comme le *servus*, d'emprunter celle du *pater;* il peut stipuler *ex personâ suâ*. On se rappelle néanmoins que le fils de famille n'a pas de patrimoine. Par conséquent, s'il devient créancier, la créance acquise entre dans le patrimoine du père qui en bénéficie; telle est la règle primitive et pure, que vient battre en brèche la théorie des pécules, et dont l'application est quelquefois écartée par la nature du droit acquis. Si le fils de famille devient débiteur, son obligation n'enchaîne pas le père;

mais elle n'est pas simplement naturelle comme la dette de l'esclave en pareil cas, elle est civile; seulement le créancier ne pourra le poursuivre sur des biens qu'il n'a pas, et devra pour le moment se contenter sans doute des voies d'exécution personnelle (1). Aussi est-il à croire que le fils de famille ne trouvait pas facilement à contracter seul des dettes.

268. *Filiusfamiliâs impubère.* — Quant au *filiusfamiliâs* impubère, en le supposant sorti de l'*infantia*, il peut acquérir de lui-même à son père toute espèce de droits, et, par conséquent, des créances. Mais s'agit-il de s'obliger? il en est absolument incapable, et son père n'a pas le pouvoir de l'y habiliter, ni par son ordre ni par son assistance. On sait, au contraire, que l'impubère *sui juris*, c'est-à-dire le pupille, s'oblige valablement *tutore auctore*. La raison de cette différence est facile à trouver. Il n'existe pas une *auctoritas patrisfamiliâs* correspondant à l'*auctoritas tutoris;* le père n'est pas chargé, comme le tuteur, de compléter par son intervention la personne de l'impubère placé sous sa puissance, parce que la personne de cet impubère se confond avec la sienne, au point de vue du patrimoine. L'impubère *alieni juris* n'a pas de biens, et ne saurait donc être dans la nécessité de contracter des obligations; dès lors on n'a pas songé à lui ouvrir l'accès de telles opérations juridiques. Ce principe devint gênant dans le Bas-Empire après l'introduction du pécule adventice; on parvint à le tourner, en donnant au père l'usufruit et l'administration tout ensemble des biens attribués sous ce titre à son fils impubère (*Inst.*, p. 10, *hic*).

269. *Filiafamiliâs.* — La capacité de la *filiafamiliâs* est moins clairement définie. Dans l'impuberté, elle ne diffère en rien du mâle de même âge. Mais, arrivée à la puberté, doit-on l'assimiler au fils pubère qui peut contracter créances et dettes, ou faut-il la maintenir encore et toujours dans la situation du fils impubère, qui peut bien devenir créancier, mais qui ne peut pas devenir débiteur même avec l'autorisation paternelle? Les textes sont contradictoires à cet égard; peut-être l'histoire du droit fournit-elle une solution plausible du problème. A l'origine, les femmes *sui juris*, même pubères, subissaient une tutelle perpétuelle, dont la tendance et le résultat étaient de leur rendre impossibles, sans l'au-

(1) Encore n'est-il pas certain que la puissance du père sur la personne du fils ne fît obstacle à cette exécution.

toute sorte de créances à leur *pater*, qui n'est pas un tiers pour eux. C'est un point de doctrine déjà établi (*Inst.*, p. 4, *hic; suprà*, n° 264).

278. **Délimitation des deux règles.** — Il faut, en droit pur, se garder soigneusement de confondre l'impossibilité de stipuler ou de promettre par autrui, avec le principe non moins célèbre de la non-représentation par autrui, qui sera développé à propos du mandat; il exprime l'impuissance légale où se trouve un mandant, soit d'acquérir, soit d'aliéner ou de s'obliger par un mandataire. Deux grandes différences le séparent de notre théorie actuelle. D'abord les hypothèses ne sont pas les mêmes, puisque les stipulations et promesses pour autrui supposent deux contractants qui ne sont unis par aucun lien de mandat ou de gestion d'affaires au tiers qu'il s'agit de rendre créancier ou débiteur. Ensuite les effets sont divers; le principe de la non-représentation par autrui n'empêche pas la naissance d'une obligation, qui s'arrête seulement sur la tête du mandataire, au lieu d'être acquise ou due par le mandant; mais les stipulations ou promesses pour autrui sont absolument inefficaces entre les contractants tout aussi bien qu'à l'égard du tiers. La preuve décisive qu'il n'y a rien de commun entre ces deux matières, c'est que notre Code civil a rejeté la règle artificielle et purement romaine de la non-représentation par autrui, en conservant la règle de bon sens qu'on ne peut stipuler ou promettre pour autrui (*Cod. civ.*, art. 1119-1121).

On doit enfin noter un point de droit dont l'importance capitale apparaîtra plus tard. Toute partie dans un contrat, qu'elle s'en explique ou non, contracte du même coup pour ses héritiers, et sa créance ou sa dette entrera dans sa succession, si elle n'est acquittée de son vivant. Mais le contrat dont je limiterais expressément l'effet à mes héritiers, en déclarant que j'y reste étranger moi-même, n'aurait aucune valeur juridique, car mes héritiers ainsi distingués de ma personne seraient pour moi des tiers. Tel est du moins le droit classique; on va reconnaître que Justinien l'a modifié (f. 38, p. 14, *Dig.*, 45-1; *Gaïus*, III, 100; C. 1, *Cod.* 4-11).

SECTION QUATRIÈME

NULLITÉ QUI TIENT A LA CAUSA CIVILIS.

279. Les règles suivantes sont exclusivement applicables au contrat de stipulation. Elles tiennent à sa forme particulière, qui consiste dans une réponse précédée d'une interrogation.

L'impossibilité de ce contrat pour le muet est donc évidente: *mutum nihil pertinere ad obligationem verborum naturâ manifestum est*. La même solution a prévalu pour le sourd; la jurisprudence romaine admit en principe que les deux parties devaient, non-seulement parler, mais encore s'entendre réciproquement, *exaudire invicem debent* (f. 1, p. 15, *Dig.* 44-7; *Gaïus*, III, 105; *Inst.*, p. 7, *hic*).

Par une raison de même nature, la stipulation ne peut se former entre personnes qui ne sont pas en présence l'une de l'autre, *inter absentes* (*Paul*, II, t. VII, p. 2; *Inst.*, p. 12, *hic*).

Il faut de plus, sous peine de nullité, que la stipulation soit continue, *continuus actus;* en d'autres termes, la réponse doit suivre de près la demande, sans qu'il s'intercale entre elles un trop long espace de temps, ni surtout un autre acte juridique tout à fait étranger (f. 1, p. 1; f. 137, *Dig.*, 45-1).

On exige enfin une parfaite conformité dans la demande et la réponse, *congruentia;* si la seconde n'est pas entièrement adéquate à la première, le sort du contrat se trouve mis en question. Le défaut de concordance est-il assez grave pour supprimer au fond l'accord des volontés, par exemple, me promettez-vous l'esclave Stichus quand je stipulais de vous l'esclave Séius, ou me le promettez-vous sous condition quand je le stipulais purement et simplement? Alors, en vertu d'un principe supérieur aux nécessités de la forme, le contrat est nul faute de consentement. pour le tout et de l'avis de tous. Les opinions sont au contraire partagées, lorsque le défaut de concordance entre la demande et la réponse porte sur un point accessoire, par exemple sur la quantité de l'objet promis. Ainsi, dans l'hypothèse où vous stipulez dix, si l'autre partie ne vous promet que cinq, Gaïus a la rigueur d'annuler entièrement le contrat; Ulpien et Paul le déclarent efficace jusqu'à concurrence de cinq, par la raison que la demande et la réponse ont concordé dans cette mesure; car cinq

sont compris dans dix. Justinien donne successivement tort et raison à chacune de ces deux doctrines opposées (f. 1, p. 3 et 4; f. 83, p. 3, *Dig.*, 45-1; *Gaïus*, III, 102; *Inst.*, p. 5, 18, *hic*).

APPENDICE

PREUVE DE LA STIPULATION.

280. La rigueur de ces conditions de forme eut de bonne heure son palliatif dans un moyen de preuve des stipulations.

La simple déclaration écrite, *in instrumento*, *in cautione*, qu'une promesse a été faite, suppose et constate implicitement, jusqu'à démonstration contraire, la parfaite conformité de la demande et de la réponse et la pleine régularité du contrat verbal. Dans le droit classique, la démonstration contraire était toujours recevable au profit du débiteur, contre l'écrit qui alléguait mensongèrement une promesse de sa part. Mais Justinien rendit cette preuve presque impossible, en la subordonnant à la condition d'établir, par d'autres écrits ou par des témoins irréprochables, l'*alibi* du débiteur pendant toute la durée du jour désigné comme la date de la stipulation. Désormais le créancier trouve dans cette influence de l'écrit un remède contre les vices de forme d'une stipulation irrégulière; et si l'acte est mensonger, il suffit qu'au jour de sa date le prétendu promettant se soit rencontré dans le lieu de sa rédaction, pour que l'imposture demeure inattaquable. De ces divers détails, il naît une intéressante remarque; c'est que le droit romain permettait, en principe, de combattre une preuve écrite par une preuve testimoniale (C. 14, *Cod.*, 8-38; *Inst.*, p. 12, *hic*).

A défaut d'*instrumentum* ou de *cautio*, le créancier pouvait établir le fait de la stipulation au moyen de témoins (*Dig* , 22-5).

CHAPITRE XVII

ÉLÉMENTS ACCIDENTELS DE LA STIPULATION.

(*Inst.*, III, t. XV, XVI, XX.)

Suivant une définition déjà connue, on entend par éléments accidentels de la stipulation ou de tout autre contrat, les clauses et circonstances qui n'y sont pas sous-entendues, et qu'y peut adjoin-

dre la volonté formelle des parties. Cette théorie n'est pas spéciale au contrat verbal et s'étend à tous les autres, comme les trois premières sections de la précédente.

SECTION PREMIÈRE

MODALITÉS (*Inst.*, III, t. XV, p. 2-7.)

281. Une stipulation peut être pure et simple, ou conditionnelle, ou faite à terme; *aut pure, aut in diem, aut sub conditione fit*. Le terme et la condition, sans être les seules modalités des contrats, sont de beaucoup les plus ordinaires et les plus importantes. Un fragment célèbre d'Ulpien renferme, sous une forme admirablement précise, le germe de leurs principales règles (f. 213, pr. *Dig.*, 50-16).

Si la stipulation est pure et simple, l'obligation se trouve immédiatement créée et immédiatement exigible : *ubi quis purè stipulatus fuerit, et cessit et venit dies*. Le jour du contrat n'appartient pas même en entier au promettant, et le stipulant peut réclamer le payement aussitôt après la stipulation. Mais le droit n'est pas le domaine des chimères ; on verra bientôt qu'une promesse, pure et simple en apparence, renferme souvent un terme virtuel et tacite, par la force même des choses (*Inst.*, p. 2, *hic*).

§ I

Du terme.

Dans un sens très-général, il y a terme, *dies*, lorsque l'exigibilité ou l'extinction d'un rapport de droit est différée jusqu'à l'arrivée d'un événement d'ailleurs inévitable. En matière contractuelle, le terme est le délai qui retarde l'exécution ou la résolution d'un contrat.

Le terme peut être suspensif, *dies à quo;* extinctif ou résolutoire, *dies ad quem* (f. 44, p. 1, *Dig.*, 44-7).

282. **Terme suspensif.** — Si la stipulation est faite sous un terme suspensif, l'obligation se trouve immédiatement créée, mais non pas immédiatement exigible : *ubi quis in diem stipulatus fuerit, cessit dies, sed nondùm venit*. Le texte fondamental d'Ulpien s'accorde avec tous les autres sur ce point (f. 46, *Dig.*, 45-1 ; *Gaïus*, III, 124 ; *Inst.*, p. 2, *hic*).

En principe, le terme est apposé au contrat dans l'intérêt du débiteur ; il résulte de là deux conséquences : 1° le créancier est tenu d'attendre l'échéance pour agir contre le promettant, sous peine d'encourir la *plus petitio tempore* dans les actions qui la comportent ; or le dernier jour du terme appartient en entier au débiteur, qui n'est passible de poursuites que le lendemain ; c'est la règle connue *dies termini computatur in termino ;* 2° le débiteur peut renoncer au bénéfice du terme, supposé dans son intérêt jusqu'à preuve contraire. Il a donc le droit de payer avant l'échéance, et s'il l'a fait, même par erreur, on lui refuse la *condictio indebiti ;* car sa dette existait, quoique inexigible encore (*Inst.*, p. 2, *hic; Gaïus*, IV, 53 et *seq.*, ff. 10, 17, *Dig.*, 12-6).

Il arrive exceptionnellement que le terme est apposé au contrat dans l'intérêt du créancier ; deux questions prennent alors naissance : 1° il est tout d'abord incontestable que le débiteur ne peut en ce cas imposer le payement au créancier avant l'échéance ; 2° le créancier peut-il au moins l'exiger? L'affirmative est certaine, quand la créance provient d'un acte entre-vifs, œuvre du créancier lui-même, par exemple, dans le cas du dépôt à terme. La négative est probable, quand la créance provient d'un testament, œuvre d'un tiers qui a voulu reculer l'exigibilité du droit pour le bien du créancier, par exemple, dans le cas d'un legs ou fidéicommis exécutoire à la puberté du bénéficiaire, *in tempus pubertatis* (f. 5, p. 2 ; f. 1, p. 22, *Dig.*, 16-3 ; f. 15, *Dig.*, 23-1).

283. *Terme exprès ou tacite.* — Le terme est ordinairement exprès. Mais il existe virtuellement et sans clause explicite, lorsqu'un contrat, pur et simple en apparence, n'est pas susceptible de recevoir une exécution immédiate. C'est ainsi qu'un terme tacite résulte de l'indication d'un lieu de payement autre que le lieu de la promesse, ou dérive de la nature de ce qui est promis ; il va de soi notamment que toute stipulation d'un *dare* doit laisser au promettant le délai moralement nécessaire pour l'accomplissement de la tradition, de la mancipation ou du mode d'acquérir quelconque dont il veut faire usage. L'appréciation du terme tacite, quand les parties ne s'entendent pas, revient naturellement au juge. Il est même des hypothèses où le délai se trouve tellement essentiel au contrat, que les parties, en le supprimant par une disposition formelle, empêchent la naissance de l'obligation ; tel serait le cas où l'on promettrait à Rome de payer immédiatement

une somme à Carthage (*Inst.*, p. 5, *hic;* III, t. XIX, p. 7; f. 137, p. 2, *Dig.*, 45-1).

284. *Terme certain ou incertain.* — Le terme est certain, *dies certus*, lorsque la date de l'échéance est d'ores et déjà connue ; par exemple, *primis calendis martiis dare spondes?* Il est incertain, *dies incertus*, lorsqu'on n'en peut déterminer par avance la durée; ainsi *mortuo Titio dare spondes?* Dans les testaments, le terme incertain joue le rôle et produit les effets d'une véritable condition. Mais dans les contrats, tous les principes du terme certain lui demeurent applicables, bien qu'il soit d'un usage beaucoup plus rare en pratique.

Les Institutes fournissent plusieurs exemples intéressants de terme incertain. Supposons que le contrat ait reporté l'exigibilité de mon obligation :

1° *Post mortem meam* ou *tuam*. Les jurisconsultes classiques annulaient cette stipulation, parce qu'elle semblait, en n'ouvrant action qu'aux héritiers ou contre les héritiers, violer la règle très-raisonnable qu'une obligation ne saurait commencer dans leur personne, sans avoir au préalable pris naissance sur notre tête; car ils ne seraient plus alors nos représentants et continuateurs, mais seulement des tiers (*Gaïus*, III, 100).

2° *Pridiè quàm moriar*, ou *quàm morieris*. Ces stipulations étaient nulles comme les précédentes et par le même motif; la veille de la mort du contractant, en effet, ne sera connue qu'après sa mort, et ses héritiers pourront seuls exercer ou subir l'obligation (*Inst.*, III, t. XIX, p. 13).

3° *Quùm morieris*, ou *quùm moriar*. Inconséquents avec leur principe, dont l'application paraît ici logique et nécessaire encore, les Romains ont toujours validé ces promesses, sous le bizarre prétexte que le moment de la mort fait partie de la vie, et que l'action prend donc naissance sur la tête du contractant lui-même, non de ses héritiers seulement (*Gaïus*, II, 232).

4° *Post mortem alterius*. Aucun doute n'a jamais pu s'élever, en thèse générale, sur la parfaite correction de cette modalité (*Inst.*, III, t. XIX, p. 16).

La nullité des stipulations *post mortem meam* ou *tuam*, *pridiè quàm moriar* ou *morieris*, se fondait sur une confusion manifeste entre la naissance et l'exigibilité du droit. Qu'il ne puisse naître en la personne des héritiers, nul ne le conteste; mais qu'une fois né sur

la tête du contractant, il ne puisse rester inexigible jusqu'à sa mort, c'est une exagération regrettable. Justinien considéra sans doute que toutes les stipulations précitées avaient pour but unique de retarder l'exécution, non la formation de la créance; aussi les valida-t-il sans distinction (*Inst.*, III, t. XIX, p. 13, 15, 16; C. 1, *Cod.*, 4-11).

La stipulation du fils de famille et de l'esclave relève de règles spéciales. Faite *post mortem alterius*, elle était nulle, si le tiers dont le décès devait la rendre exigible n'était autre que le père ou le maître; car ce dernier était censé stipuler lui-même. La même idée conduisait à décider que le fils de famille et l'esclave stipulaient valablement *post mortem suam*. Justinien étendit d'ailleurs sa doctrine uniforme à ces cas particuliers (*Inst.*, p. 13, *hìc; Fragm. Vat.*, 57).

285. La situation est bien différente, lorsqu'en promettant ou stipulant pour nous-mêmes, nous exprimons dans le contrat que la dette ou la créance passera sur la tête d'un de nos héritiers, à l'exclusion des autres. Cette question nouvelle se rattache au droit successoral. Créances ou dettes se partagent entre les héritiers dans la mesure de leurs parts héréditaires, nonobstant toutes clauses opposées. Cette règle ne comporte pas de dérogation pour les dettes. Quant aux créances, une exception est admise dans les stipulations *ad faciendum;* les parties peuvent convenir qu'un seul des héritiers du stipulant sera créancier du fait promis. Du reste, en dehors de cette hypothèse, on trouve dans les testaments la ressource que refusent les contrats; car tel de mes héritiers supportera seul la dette, si je lègue aux autres leur libération, ou profitera seul de la créance, si je lui lègue les parts qu'y auront ses cohéritiers (f. 56, p. 1; f. 137, p. 8, *Dig.*, 45-1).

286. **Terme extinctif ou résolutoire.** — La vieille loi romaine, rigoureusement fidèle au principe de la perpétuité des droits de créance, tenait le terme extinctif ou résolutoire pour non avenu dans les obligations; par exemple, si j'ai stipulé *centum aureos usque ad calendas*, l'arrivée des calendes ne libère pas mon débiteur. Le droit prétorien, plus docile à la volonté des parties, consacrait au contraire l'effet du terme extinctif, en permettant au débiteur de repousser, par l'exception générale de dol ou par l'exception spéciale de pacte, toute demande intentée après l'échéance (f. 44, p. 1, *Dig.*, 44-7).

De la rente viagère par stipulation ou par legs. — Dans la pratique, le *dies ad quem* ne s'appliquait guère aux dettes d'une quantité fixe ou d'une valeur déterminée; car il serait trop facile au créancier de le rendre illusoire, en poursuivant avant l'échéance. La véritable utilité de ce terme n'apparaît que dans les dettes de prestations périodiques; tel est l'exemple classique des Institutes, la stipulation de rente viagère : *Decem aureos annuos, quoad vivam, dare spondes?* Pour en apercevoir nettement la portée, il faut la comparer avec le legs de rente viagère : *heres meus damnas esto dare Titio decem aureos annuos, quoad Titius vivet* (*Inst.*, p. 3, *hic*; *Dig.*, 33-1).

1° La stipulation de rente viagère est une, le legs de rente viagère est complexe. En d'autres termes, les diverses annuités sont dans le premier cas l'objet d'une seule et même créance, dont le payement se fera, par mesures égales, à des dates échelonnées; au contraire, les diverses annuités sont dans le second cas l'objet de plusieurs créances distinctes et successives (f. 4, 11, *Dig.*, 33-1).

2° Par conséquent la stipulation est incertaine, le legs est certain. Car le legs produit autant de créances que le légataire vivra d'années; la première de ces créances est pure et simple, tandis que toutes les autres restent subordonnées à la condition que le légataire ne sera pas mort avant leur naissance; mais si le nombre en est inconnu, il n'y a pas de doute sur le montant de chacune, et le légataire agit à chaque échéance par une *condictio certi*, qui n'altère nullement son droit éventuel aux futures annuités. Bien différent est le cas de la stipulation; comme elle ne produit qu'une seule et même créance applicable à toutes les annuités la somme totale de ses objets futurs est actuellement indéterminable; car on ne peut savoir combien d'années vivra le créancier. L'action ouverte au stipulant est donc une *condictio incerti*, et s'il n'a soin d'employer un moyen de procédure qui sera plus tard expliqué sous le nom de *præscriptio*, une seule demande aura pour effet de déduire tout entière en justice et de consommer définitivement sa créance, qui est unique (f. 16, p. 1, *Dig.*, 45-1; *Gaïus*, IV, 131).

3° De plus, la stipulation survit au stipulant, tandis que le legs prend fin par la mort du légataire. C'est que le légataire, en mourant, fait défaillir la condition qui suspendait la naissance de son droit aux annuités futures; ce droit ne saurait donc pour l'avenir se former ni se transmettre. Mais la créance déjà née de la stipu-

lation passe aux héritiers du stipulant, d'après la règle civile que l'échéance du terme n'est pas un mode d'extinction des obligations: *ad tempus deberi non potest*. Le préteur opposerait seulement l'exception de dol ou de pacte à l'héritier qui voudrait, armé de ce principe subtil, réclamer le payement de la rente viagère, après la mort du crédi-rentier (*Inst.*, p. 3, *hic*).

Bref, si la stipulation de rente viagère est *una*, *incerta*, *perpetua*, on voit dans le legs de rente viagère *plura legata certa*, *non perpetua*. De ces deux théories, celle du legs est raisonnable; celle de la stipulation est doublement vicieuse, puisqu'elle nuit au stipulant par l'incertitude de sa créance, au promettant par la perpétuité de sa dette. La raison de la différence apparaît dans la nature diverse des deux actes. Une stipulation, contrat de droit strict, ne peut engendrer plusieurs créances différentes, la première pure et simple, les autres conditionnelles; aussi n'en produit-elle qu'une. Un legs, au contraire, s'interprète plus librement; on y recherche avant tout ce qu'a voulu le testateur : *non strictè interpretandæ sunt defunctorum voluntates*.

287. *Extensions de ces règles*. — Les règles de la stipulation de rente viagère doivent naturellement s'étendre, par identité de motifs, à toutes les stipulations affectées d'un terme extinctif et incertain ; car lorsque les annuités sont appelées à finir par la mort du promettant ou d'un tiers, au lieu de la mort du stipulant, la situation reste exactement la même. Mais on finit vraisemblablement par appliquer les règles du legs de rente viagère à toutes les créances d'une somme fixe et payable en plusieurs termes, fussent-elles nées d'une stipulation ; comme le nombre des annuités était précisé d'avance, on eut le bon sens de reconnaître en ce cas plusieurs obligations distinctes, dont chacune portait sur un *certum* (f. 140, p. 1, *Dig.*, 45-1).

Il y a des contrats de bonne foi, comme la société, le mandat, le louage d'ouvrage, qui finissent par la mort des parties. Mais ce qui disparaît ainsi, ce n'est que le contrat ; quant aux obligations qu'il a déjà produites, elles ne peuvent pas plus que les obligations de droit strict s'éteindre par l'arrivée d'un terme; le principe est général, *ad tempus deberi non potest*. Seulement on doit penser que les applications en sont atténuées au besoin *ex bonâ fide*.

§ II

De la condition.

288. On désigne techniquement par condition tout événement futur et incertain dont l'arrivée doit amener la formation ou l'extinction d'un rapport de droit et spécialement, en notre matière, d'une obligation contractuelle.

Caractères essentiels. — *La condition doit consister dans un événement futur*. Il résulte de là que si l'on fait dépendre un acte d'un événement présent ou passé, quoique ignoré des parties, l'acte ne sera pas conditionnel, mais réellement pur et simple ; telle est la stipulation : *si Titius consul fuit*, ou *si Mævius vivit, dare spondes?* En effet, il n'y a d'incertitude alors que dans l'esprit des parties, non au fond des choses, et le sort de l'opération est fixé d'ores et déjà ; ou bien l'obligation a pris naissance, ou bien elle ne se formera jamais. C'est ainsi que s'exprime Justinien sur le compte de ces *conditiones quæ ad præsens vel præteritum referuntur* (*Inst.*, p. 6, *hic*).

La condition doit consister dans un événement incertain. C'est par ce caractère qu'elle se distingue du terme, dont l'échéance est toujours inévitable. Il importe peu d'ailleurs que les causes déterminantes de l'arrivée ou de la non-arrivée du fait existent dès à présent ; si le résultat échappe aux prévisions humaines, l'incertitude est suffisante. Par exemple je m'oblige *si navis ex Asiâ venerit*, ou si mon *ancilla*, présentement enceinte, met au monde deux jumeaux ; dans les deux hypothèses il y a condition, parce que l'une et l'autre présentent une incertitude qu'on ne peut dissiper (f. 28, p. 5, *Dig* , 5-1 ; f. 38, *Dig.*, 12-1).

289. **Division des conditions.** — Par application de ces principes, si l'on fait dépendre un rapport de droit d'un événement qui doit infailliblement arriver, l'opération ne devient pas conditionnelle ; tel serait, dans l'état actuel de la science astronomique, le cas d'une stipulation subordonnée à la clause qu'une éclipse aura lieu dans un temps fixé. De pareilles modalités ne changent rien à la nature pure et simple de l'acte, et c'est abusivement qu'on les classe dans la théorie des conditions, sous le nom de *conditions nécessaires*.

Conditions impossibles et illicites. — De même, si l'on fait dépendre un rapport de droit d'un événement qui ne peut pas arriver,

l'opération ne saurait être conditionnelle; car il n'y a pas d'incertitude. Cependant la *condition impossible* joue un grand rôle dans les textes, et l'examen en est indispensable.

Est impossible, en général, toute condition contraire à la nature ou aux lois. Contraire à la nature, on la dit *physiquement impossible;* contraire aux lois, on la dit juridiquement impossible, *illicite*, *immorale*. Qu'une condition soit illicite, quand elle consiste dans un fait prohibé, tel qu'un homicide, un sacrilége ou tout autre délit, chacun le comprend. Mais une règle plus subtile, c'est qu'une condition peut revêtir le même caractère, en imposant ou défendant un acte qui n'a d'ailleurs en lui-même rien d'obligatoire ni d'interdit; par exemple, sont illicites en ce sens les conditions qui tendent à restreindre ou à gêner le droit de se marier, à imposer le divorce ou le maintien du mariage, etc. (f. 72, p. 4; f. 77, p. 2, *Dig.*, 35-1 ; f. 97, p. 2, *Dig.*, 45-1 ; C. 2, *Cod.*, 8-39).

En thèse générale, la condition impossible ou illicite est réputée non écrite dans les testaments, qu'elle laisse purs et simples. Dans les contrats, elle produit un effet plus désastreux, suivant une distinction qu'il faut signaler au préalable.

Conditions positives ou négatives. — La condition est positive, lorsqu'elle doit se réaliser par l'accomplissement d'un fait, *si navis ex Asiâ venerit*, *si Titius consul fuerit*, etc. Elle est négative, lorsqu'elle doit se réaliser par l'inaccomplissement d'un fait, *si navis ex Asiâ non venerit*, *si Titius consul non fuerit*, etc.

Or la condition est-elle physiquement impossible? Positive, elle annule le contrat et l'obligation, faute d'un consentement sérieux; par exemple, *si digito cœlum tetigero, dare spondes?* en pareille hypothèse, l'acte juridique est une œuvre de folie ou de plaisanterie, et comme tel ne saurait avoir effet. Négative, elle se confond avec la condition nécessaire, et laisse le contrat pur et simple; par exemple, *si digito cœlum non attigero, dare spondes?* en pareille hypothèse, rien ne s'oppose à l'effet immédiat de l'acte juridique (*Inst.*, III, t. XIX, p. 11).

La condition est-elle illicite? Alors elle peut s'accomplir en fait, et même se trouver licite par la suite ; mais il n'importe que l'événement mis *in conditione* soit de nature à devenir légal ultérieurement, et l'on doit toujours l'apprécier d'après le caractère qu'il offre au moment de la promesse. Positive, une telle condition n'annule pas le contrat, lorsque c'est dans la personne du débiteur qu'elle doit s'accomplir; par exemple, *si homicidium feceris*,

dare spondes? car elle n'a d'autre but que d'empêcher l'acte délictueux par la crainte d'une dette, et l'obligation, conforme aux bonnes mœurs, est alors valable et conditionnelle. En tout autre cas, soit positive dans la personne du créancier, soit négative dans la personne du stipulant ou du promettant, la condition illicite annule le contrat; par exemple, *si homicidium fecero, dare spondes? si homicidium non fecero*, ou *non feceris, dare spondes?* car on aperçoit au premier coup d'œil que cette créance, tantôt salaire du délit, tantôt peine ou prix d'une abstention suffisamment prescrite par la morale, aurait toujours une cause honteuse, *turpis causa* (f. 137, p. 6; f. 121, p. 1, *Dig.*, 45-1; f. 7, p. 3, *Dig.*, 2-14; *Inst.*, III, t. XIX, p. 24).

Conditions expresses ou tacites. — Les conditions se divisent aussi en expresses et tacites. Les secondes sont *juris* ou *facti*. Les *conditiones juris*, c'est-à-dire celles qu'exige la loi pour l'acquisition d'un droit, n'ont de la condition que le nom et restent en dehors de notre théorie ; par exemple, le testament qui appelle Primus à l'hérédité de Secundus n'en est pas moins pur et simple, bien que subordonné implicitement à la condition indispensable de l'adition d'hérédité. Les *conditiones facti*, c'est-à-dire celles qui, sans être exprimées, résultent suffisamment des circonstances de l'acte, ont l'effet ordinaire des conditions; par exemple, la constitution de dot antérieure au mariage est implicitement subordonnée à l'accomplissement des *nuptiæ*. Les conditions expresses, tout comme le terme explicite, annulent certains actes dont la nature est de répugner aux modalités, notamment la *manumissio censu* et *vindicta*, l'adoption et l'adrogation, l'émancipation, la *mancipatio*, l'*in jure cessio*, l'*expensilatio*, l'acceptation, l'adition d'hérédité, etc. Ces mêmes actes supportent impunément les modalités tacites : *expressa nocent, non expressa non nocent* (f. 77, *Dig.*, 50-17).

Conditions casuelles, potestatives ou mixtes. — La condition est enfin *casuelle*, lorsqu'elle dépend du hasard ou de la volonté d'un tiers; *si navis ex Asiâ venerit*, ou *si Titius voluerit*, etc. Elle est *purement potestative*, lorsque sous la forme *si volueris, si voluero* ou toute autre équivalente, elle subordonne l'existence du droit à la simple volonté d'une partie. Elle est *mixte* (on dit aussi *potestative*, mais à tort), lorsqu'elle dépend tout ensemble et du hasard ou de la volonté d'un tiers, et de la volonté d'une partie : par exemple, *si Titia tecum nupta fuerit*, etc. Le seul intérêt pratique de cette dis-

tinction, en matière de contrats, c'est que la condition purement potestative de la part du débiteur annule l'obligation ; car elle la prive de ce qui lui est essentiel, la contrainte (f. 17 ; f. 46, p. 3 ; f. 108, p. 1, *Dig.*, 45-1).

290. **Accomplissement des conditions.** — Déterminer si la condition se trouve réalisée ou défaillie, est une question de fait plus que de droit ; on doit la résoudre, dans chaque hypothèse donnée, suivant les termes de la convention ou de la disposition conditionnelle. C'est ainsi qu'en principe la condition peut s'accomplir utilement après la mort des contractants ou de l'un d'eux, si le contrat n'a pas été fait *intuitu personæ*. Les testaments offriront une théorie différente (*Inst.*, III, t. XIX, p. 25).

Il faut poser néanmoins trois règles précises, dont les conséquences ont une grande portée.

1° *Influence du délai fixé.* — S'il a été fixé un délai pour l'accomplissement, on doit le respecter. Positive, la condition ne peut s'accomplir utilement qu'avant la fin du délai, et toute réalisation ultérieure serait inefficace ; négative, la condition s'accomplit par le seul fait que le délai expire avant la survenance de l'événement. Supposons que je vous ai promis cent, sous la condition que vous ferez ou ne ferez pas un voyage dans l'année ; au premier cas, vous n'obtiendriez pas la créance en faisant le voyage après l'année ; au second cas, vous devenez créancier dès que l'année s'achève sans voyage de votre part.

S'il n'y a pas eu de délai fixé, la condition positive est accomplie utilement en un temps quelconque, et la condition négative, dès la certitude acquise que l'événement ne se réalisera pas (arg. f. 59, p. 1, *Dig.* 35-1).

2° *Indivisibilité de la condition.* — La condition est indivisible. Appliquée au créancier, l'indivisibilité signifie que l'accomplissement partiel de la condition ne compte pas, et que le droit ne prend naissance pour aucune partie, jusqu'à la réalisation entière et consommée du fait. Par exemple, j'ai stipulé *si fundum dedero, centum dare spondes ?* un de mes héritiers aura beau donner la part qu'il a dans le fonds ; il ne pourra pas réclamer une part correspondante des *centum*, tant que ses cohéritiers ne se seront pas exécutés aussi (f. 23, *Dig.*, 35-1).

Appliquée au débiteur, l'indivisibilité signifie que la personne obligée sous une condition qui dépend de sa volonté (sans être

purement potestative, *suprà*, n° 289), doit tout ce qu'elle a promis, bien qu'elle n'ait contrevenu que partiellement à la condition. Ce résultat apparaît clairement dans les stipulations pénales : *si fundum non dederis, centum dare spondes?* Que le promettant laisse plusieurs cohéritiers, et l'inexécution du chef d'un seul d'entre eux fait encourir la peine pour le tout (f. 85, p. 6, *Dig.*, 45-1).

3° *Cas où la condition défaillie est tenue pour accomplie.* — Il peut arriver que la condition défaillie soit légalement tenue pour accomplie. Telle est incontestablement l'hypothèse où l'accomplissement de la condition est frauduleusement empêché par le débiteur intéressé à ce qu'elle manque ; mais il faut que cette défaillance soit amenée *injuriâ*, sans droit ; par exemple, le débiteur ferait impunément échouer une condition potestative de sa part. Lorsqu'il s'agit d'une condition de donner ou de faire imposée dans l'intérêt d'un tiers et subordonnée à son concours, il peut en empêcher l'accomplissement par son refus ; on la suppose alors accomplie en matière testamentaire, mais non dans les contrats de droit strict; peut-être, dans les contrats de bonne foi, la question était-elle subordonnée aux circonstances (f. 161, *Dig.*, 50-17 ; f. 50, *Dig.*, 18-1 ; — f. 5, p. 5, *Dig.*, 36-2 ; f. 23, *Dig.*, 28-7).

Si la condition vient à défaillir par l'effet d'un cas fortuit, on ne la tient pas pour réalisée (f. 31, *Dig.*, 35-1).

291. **Effets des conditions.** — La condition suspend et rend incertaine, tantôt la formation, tantôt la résolution du droit. Dans le langage romain, il n'y a de véritable condition qu'au premier cas, et le droit éventuellement résoluble est pur et simple en attendant. Dans le langage moderne, on distingue avec assez de raison la condition suspensive et la condition résolutoire, d'après cette différence d'effets.

Effets de la condition suspensive. — Quand le contrat est fait sous une condition suspensive, l'obligation ne se trouve actuellement ni exigible ni même créée : *neque cessit, neque venit dies, pendente adhùc conditione.* Il faut donc étudier les résultats de la condition suspensive, et pour la période où elle est pendante, et pour la période qui en suit la réalisation ou la défaillance.

292. *Pendente conditione.*— A. Tant que la condition reste pendante, *pendente adhùc conditione*, l'idée mère est que le contrat ne

produit pas un droit actuel et présent, ni créance ni dette. Par conséquent :

1° Le payement fait par erreur *pendente conditione* peut être répété jusqu'à l'événement (f. 16, pr. *Dig.*, 12-6).

2° A plus forte raison le créancier n'a-t-il aucune action contre le débiteur, durant la même période. On peut même soutenir, en dépit de certaines difficultés de texte, qu'il n'encourt pas la *plus petitio* en poursuivant *pendente conditione;* car il ne saurait déduire efficacement *in judicium* une action qui n'existe pas (cf. *Inst.*, IV, t VI, p. 33 ; f. 13, p. 5, *Dig.*, 20-1 ; f. 43, p. 9, *Dig.*, 21-1).

3° Le créancier est libre de refuser le payement jusqu'à l'arrivée de la condition ; il serait, en effet, suivant l'intention du *solvens*, ou donataire de ce qu'il aurait touché, ou débiteur pour le cas d'inaccomplissement, alternative dont ni le premier ni le second terme ne s'impose de force à personne.

4° Le contrat conditionnel est non avenu, lorsque la chose qui en fait l'objet périt totalement *pendente conditione*. Les conséquences de cette règle varient avec les contrats ; formellement appliquée par les textes à la stipulation, elle rencontre ses plus intéressantes applications dans la théorie de la vente et de la novation (f. 8, *Dig.*, 18-6 ; f. 14, *Dig.*, 46 2 ; C. 6, *Cod.*, 4-48).

5° Si le créancier fait défaillir la condition, il n'a pas appauvri son actif, et son intention frauduleuse fût-elle démontrée, il n'a pas donné ouverture à l'action Paulienne en faveur de ses propres créanciers (f. 6, p. 1, *Dig.*, 42-8).

6° L'obligation conditionnelle ne se formera pas, dans le cas où, lors de l'arrivée de la condition, le débiteur ou le créancier éventuel aura perdu toute personnalité juridique, sans laisser de successeur (f. 14, p. 1, *Dig.*, 46-2).

B. Mais à l'idée mère, ainsi comprise et développée, on avait apporté des correctifs, surtout en matière de contrats. Il existe, au profit du créancier sous condition, une *spes debitum iri*, dont les effets ne laissent pas que d'être considérables ; par exemple : 1° on verra que les créances et dettes conditionnelles d'un défunt entrent dans l'évaluation de l'actif ou du passif de son patrimoine, pour le calcul des quartes Falcidie, légitime, Antonine et Pégasienne ; 2° le créancier *pendente conditione* peut prendre des mesures conservatoires, notamment demander la *bonorum separatio* et critiquer les affranchissements faits en fraude de ses droits par le

débiteur; 3° dans le même ordre d'idées, la dette conditionnelle est valablement garantie par une sûreté personnelle ou réelle, telle qu'un fidéjusseur, un gage, une hypothèque; il va de soi que la sûreté relève virtuellement de la même condition que la dette; 4° l'acquisition de la *spes debitum iri* exige dès à présent chez les parties la capacité de contracter, suivant leurs rôles respectifs; 5° dans les contrats, mais non dans les dispositions testamentaires, la *spes debitum iri* est transmissible activement et passivement aux héritiers des parties (*Inst.*, p. 4, *hic ; Vat. Fragm.*, 55 ; f. 4, *Dig.*, 40-6 ; f. 27, *Dig.*, 40-9 ; f. 5, p. 2, *Dig.*, 46-1).

De cette seconde série d'observations, il découle que la *spes debitum iri* est plus qu'une espérance; on y doit voir un véritable droit *sui generis*, indépendant de la volonté du débiteur. Seulement il n'est qu'éventuel : une chance le domine et peut le tuer dans son germe. De là ce dualisme de règles.

La défaillance de la condition fait disparaître toutes les facultés provisoirement accordées au créancier, et met définitivement obstacle à la naissance de l'obligation.

293. *Impletâ conditione.* — Mais la condition accomplie, *impleta conditio*, demande un examen plus attentif. D'abord et pour l'avenir, elle rend le contrat pur et simple; les actions peuvent en être exercées, et le payement déjà fait, même par erreur, échappe à la *condictio indebiti*.

La condition accomplie a même une force rétroactive, qui attache après coup au contrat conditionnel certains effets remarquables pour le passé. Cette rétroactivité n'existe pas dans les dispositions testamentaires sous condition, nouvelle et profonde différence entre les deux théories. Il en découle de graves conséquences :

1° Si le créancier conditionnel est *alieni juris* en contractant, et que *pendente conditione* il change de père ou de maître, ou devienne *sui juris*, c'est néanmoins à la personne qui l'avait dans sa puissance au moment du contrat, que la créance est acquise après l'accomplissement de la condition (f. 78, *Dig.*, 45-1 ; f. 40, *Dig.*, 45-3 ; f. 18, *Dig.*, 50-17).

2° Suivant la règle *prior tempore, potior jure*, si l'on suppose deux hypothèques successivement constituées, la première en garantie d'une dette conditionnelle, la seconde en garantie d'une dette pure et simple, la préférence *impletâ conditione* appartient à la plus ancienne (f. 11, p. 1, *Dig.*, 20-4).

3° La perte partielle ou la détérioration d'une chose due *pendente conditione* n'empêche nullement la naissance de l'obligation lors de l'accomplissement; car la rétroactivité fait considérer le contrat comme pur et simple dès l'origine (f. 8, *Dig.*, 18-6).

4° La responsabilité de ses fautes remonte pour le débiteur au jour du contrat, et les actes qu'il a faits *pendente conditione* peuvent donner lieu à l'action Paulienne (f. 27, *Dig.*, 40-9).

5° L'acceptilation appliquée à la dette conditionnelle demeure provisoirement sans effet, mais éteint le droit à l'instant même de sa formation définitive *impletâ conditione;* or il est de principe qu'une acceptilation antérieure à l'existence de l'obligation ne libère pas l'obligé (f. 12; f. 13, p. 9, *Dig.*, 46-4).

294. Effets de la condition résolutoire. — Lorsque la condition est résolutoire, il peut en dépendre, suivant les cas, ou la résolution du contrat lui-même et tout entier, ou l'extinction d'une obligation qu'il a produite.

Sur le contrat. — Quant au contrat lui-même, le soumettre à la chance d'une résolution conditionnelle, c'est tout simplement en préparer la dissolution éventuelle par le mutuel consentement. Dès lors, ne sont valablement affectés d'une condition résolutoire que les contrats susceptibles de se dissoudre *mutuo dissensu*, c'est-à-dire les contrats consensuels, la vente, le louage, la société, le mandat, et cette première branche de la question aura sa place dans leur domaine spécial.

Sur l'obligation. — Mais à l'égard de l'obligation, la condition résolutoire est traitée comme le terme extinctif. En effet, ces deux modalités se ressemblent en ce qu'elles doivent amener la cessation d'une dette déjà formée; il n'y a d'autre différence entre elles que la certitude de l'échéance pour le terme, et l'incertitude de l'événement pour la condition. Par conséquent, le droit civil annule la condition résolutoire comme le terme extinctif; si donc Primus a stipulé cent de Secundus, *nisi navis ex Asiâ venerit*, l'obligation est pure et simple, et le créancier pourra poursuivre le débiteur malgré l'arrivée du navire. Seulement le préteur, fidèle à ses principes d'équité, sacrifierait encore la subtile rigueur du droit aux volontés si claires des contractants et paralyserait la demande, au moyen de l'exception de dol ou de pacte. Il faut même prévoir l'hypothèse où le payement aurait précédé l'événement de la condition; dans ce cas, le débiteur serait vraisemblablement admis à

réclamer par une *condictio sinè causâ*, c'est-à-dire en alléguant la disparition de la cause de sa dette, et sauf une intention contraire des parties (f. 44, p. 1-2, *Dig.*, 41-7 ; f. 1, p. 2, *Dig.*, 12-7).

Si la condition résolutoire vient à défaillir, le sort du contrat et de l'obligation est définitivement assuré.

§ III

De la stipulatio pœnæ.

295. La *stipulatio pœnæ*, improprement qualifiée de clause pénale, n'est au fond qu'une espèce de stipulation conditionnelle. Les Institutes s'en occupent à propos des obligations de *facere vel non facere ;* mais elle peut s'adjoindre indistinctement à toute obligation qui a pour objet, soit un fait ou une abstention, soit la dation d'une chose ou quantité autre qu'une *certa pecunia* ou somme d'argent déterminée (*Inst.*, p. 7, *hic ;* f. 11, *Dig.*, 46 5).

Distinction. — La *stipulatio pœnæ* apparaît sous deux formes :

1° *Si Stichum non dederis, centum dare spondes?* Ici la somme promise constitue bien une *pœna*, c'est-à-dire un moyen de contrainte; mais le débiteur ne doit pas l'esclave, il ne doit que la somme, sous la condition qu'il ne donnera pas Stichus. Libre à lui d'empêcher la formation de sa dette en livrant l'homme, ou d'amener l'accomplissement de la condition en ne le livrant pas. Bref il n'y a rien de plus qu'une obligation conditionnelle, et les principes nous en sont connus.

2° *Stichum dari spondes ? si Stichum non dederis, centum dari spondes?* On trouve ici deux dettes, l'une pure et simple qui a pour objet l'esclave, l'autre conditionnelle qui a pour objet cent; la violation de la première est la condition de la seconde, et la somme promise reçoit le nom de *pœna* plus justement encore qu'en l'hypothèse précédente. C'est à cette dernière forme de la *stipulatio pœnæ* que doit s'attacher particulièrement l'examen.

De sa nature. — La *stipulatio pœnæ* est ordinairement qualifiée d'accessoire. Cette dénomination paraît exacte, en ce sens que la stipulation pénale n'engendre un droit exigible qu'après l'inaccomplissement de l'obligation qui la précède et qu'elle sanctionne. Mais faut-il aller au delà ? toute cause de nullité de la première obligation détruit-elle du même coup la stipulation pénale? On sait déjà le contraire; la promesse du fait d'autrui, ou la stipula-

tion en faveur d'autrui, toute nulle qu'elle est, se trouve valablement accompagnée d'une *stipulatio pœnæ;* celle-ci reste donc bien distincte de celle-là, puisqu'elle n'en a pas besoin pour subsister. A la vérité, si la première obligation porte sur un objet impossible ou illicite, la stipulation pénale tombera ; c'est que l'inexécution de la première obligation ne peut constituer alors qu'une condition illicite ou impossible, et qu'une telle condition annule tout, suivant des règles déjà posées. Encore même la peine sera-t-elle due, quand l'impossibilité de la dette principale ne proviendra pas de la loi et n'aura pas été ignorée des parties (*suprà*, n° 289 ; f. 69, f. 131, *Dig.*, 45-1).

Une nouvelle preuve que la stipulation pénale est juridiquement indépendante de l'autre dette apparaît dans les faits qui la rendent exigible. Car de deux choses l'une : si la première obligation est à terme, la peine se trouve encourue, *pœna committitur*, par la seule échéance du terme ; s'il n'y a pas de terme, la peine se trouve encourue, dans l'opinion dominante, du moment où devient possible l'exécution de la première dette. Dans l'une et l'autre hypothèse, c'est l'inexécution que punit la *pœna*. Or on n'examine pas si le défaut d'accomplissement provient de la faute du débiteur ou d'un événement plus fort que sa volonté ; par exemple, lorsque l'objet qu'il devait *sub pœnâ* est enlevé par un tiers ou détruit par un cas fortuit, la peine devient exigible quand même. Il est pourtant manifeste que le cas fortuit ou la force majeure avait détruit la première obligation, *interitu rei debitæ liberatur debitor ;* si la *stipulatio pœnæ* lui survit, elle était donc principale aussi bien qu'elle (22, *Dig.*, 9-2 ; f. 115, p. 2, *Dig.*, 45-1 ; C. 12, *Cod.*, 8-38).

En résumé, la stipulation pénale tient à la dette qui la précède, par le même lien qui rattache une obligation conditionnelle à sa condition suspensive ; c'est en cet unique sens qu'elle lui est accessoire.

296. **De ses effets.** — Les dettes qu'accompagne la stipulation pénale ne sont jamais d'une somme déterminée. Par conséquent, si le débiteur ne s'exécute pas, le juge aurait pour mission d'estimer pécuniairement l'intérêt qu'avait le créancier à l'accomplissement de l'obligation ; établir l'existence et le montant de cet intérêt serait la tâche du demandeur. De là l'utilité de la *stipulatio pœnæ*, qui fixe à l'avance, presque toujours en argent, l'indemnité due pour le cas d'inexécution ; le juge n'a plus qu'à vérifier, en

fait, la validité de cette stipulation et l'accomplissement de la condition qui la suspendait. A ce point de vue, on a pu dire que la *pœna* remplissait la fonction de dommages-intérêts ; mais elle s'en distingue nettement par son incontestable faculté de survivre à la première dette éteinte ou nulle.

Du cumul ou de l'option. — Une fois l'inexécution constatée, le créancier a-t-il droit au cumul des deux obligations, en d'autres termes, peut-il exiger à la fois le principal et la *pœna?* La règle générale repousse cette prétention ; mais le créancier est admis à prouver que le cumul se trouve conforme à l'intention des contractants. Cette preuve résultera des clauses du contrat ou de toutes autres circonstances. Il en est ainsi, quand la peine a été stipulée pour indemnité du retard et pour compensation des ennuis de la poursuite. Par exemple, si les deux obligations portent sur une somme d'argent indéterminée dans la première, la *pœna* ne représente au fond que les intérêts moratoires ; et, comme le maximum en est fixé par la loi, la peine sera toujours inférieure au principal ; aussi le cumul est-il autorisé en ce cas (f. 115, p. 2 ; f. 90, *Dig.*, 45-1 ; f. 40, *Dig.*, 12-1).

A défaut de cumul, le créancier a-t-il au moins le choix entre le principal et la peine? Les textes font une distinction facile. Quand la *stipulatio pœnæ* garantit un contrat de droit strict, l'inexécution entraîne pour ainsi dire une novation de la première dette dans la seconde, et la peine seule est due, *sola pecunia debetur.* Quand la *stipulatio pœnæ* garantit un contrat de bonne foi, le créancier non satisfait peut à son gré demander le payement du principal au moyen de l'action *bonæ fidei*, ou de la peine au moyen de la *condictio certi;* et même, s'il a mal à propos intenté la moins avantageuse des deux actions, on lui ouvre encore l'autre pour ce qu'elle doit lui procurer de plus (f. 41, 42, 71, *Dig.*, 17-1 ; f. 28, *Dig.*, 19-1 ; f. 68 ; f. 115, p. 2, *Dig.*, 45-1 ; f. 44, p. 6, *Dig.*, 44-7).

Divisibilité de la stipulation pénale. — Du reste, la stipulation pénale ne rend pas indivisible l'obligation qui la précède ; ce principe signifie que si l'une des parties meurt en laissant plusieurs héritiers, la créance ou la dette n'est transmise à chacun d'eux que pour sa part. Seulement l'inexécution envers un des héritiers du créancier, ou par un des héritiers du débiteur, ferait encourir toute la peine, suivant la règle précédemment expliquée de l'indi-

visibilité des conditions (f. 25, p. 13, *Dig.*, 10-2; f. 3, *Dig.*, 45-1).

La stipulation pénale elle-même n'est pas indivisible. En effet, bien que l'inexécution de la première dette envers un des créanciers, ou par un des débiteurs, produise l'exigibilité de la *pœna* pour tous et contre tous, chaque créancier n'en peut réclamer et chaque débiteur n'en doit payer que sa part. Le droit à la totalité de la peine, ouvert par le fait d'un seul, se divise activement et passivement *pro parte cujusque* (f. 4, *Dig.*, 45-1).

SECTION DEUXIÈME

CONCOURS DE PLUSIEURS PARTIES PRINCIPALES. CORRÉALITÉ, SOLIDARITÉ

(*Inst.*, III, t. XVI.)

297. Il arrive souvent qu'une obligation réunisse plusieurs sujets actifs ou passifs. A défaut d'une déclaration de volonté qui précise alors la situation de chaque partie, trois hypothèses sont à prévoir : 1° ordinairement, s'il s'agit d'un contrat, la créance ou la dette se fractionne par portions égales entre les cocréanciers ou les codébiteurs ; 2° parfois, s'il s'agit d'un délit, chacun des codélinquants supportera toutes les conséquences de sa culpabilité, et la dette sera payable autant de fois qu'il y a de débiteurs ; 3° entre ces deux cas extrêmes, qui ont pour trait commun de présenter au fond plusieurs obligations distinctes, apparaît un cas intermédiaire ; y a-t-il plusieurs cocréanciers ? il est possible que, d'une part, chacun ait le droit d'exiger la totalité, mais que, d'autre part, cette totalité une fois obtenue ou judiciairement réclamée par l'un ou l'autre, la créance de tous soit éteinte. Y a-t-il plusieurs codébiteurs? il est possible que, d'une part, chacun se trouve tenu à la totalité, mais que, d'autre part, cette totalité une fois obtenue ou judiciairement réclamée de l'un ou de l'autre, la dette de tous disparaisse.

Dans ce troisième cas, on voit que l'obligation, multiple par les sujets, est une par l'objet. Elle tend donc à l'objet *in solidum*, c'est-à-dire tout entier; elle est en même temps constituée *correaliter*, c'est-à-dire par l'adjonction de plusieurs parties, *rei*, toutes égales dans la créance, *correi stipulandi*, ou dans la dette, *correi promittendi*. De là les deux noms modernes d'obligation corréale ou solidaire; ils ne sont pas synonymes, et s'appliquent à deux

subdivisions de l'hypothèse. La corréalité romaine n'a rien de commun avec la solidarité de notre Code civil.

§ I

Sources des obligations corréale et solidaire.

298. La corréalité ou la solidarité est une exception ; en d'autres termes, elle ne se présume pas, et ne résulte que de causes spéciales. Il ne faut pas conclure de là qu'elle doive faire l'objet d'une constitution expresse, mais bien qu'elle exige une volonté certaine des parties ou de la loi.

Actes à formes solennelles. — La source la plus ancienne des obligations corréales ou solidaires fut dans certains actes à formes solennelles, la stipulation, l'*expensilatio*, le testament.

Stipulation. — La stipulation prêta la première son mécanisme commode à ce genre d'opérations; les Institutes et le Digeste ne s'occupent même de corréalité qu'à propos du contrat *verbis*. Veut-on créer la corréalité active, c'est-à-dire entre cocréanciers? ils interrogent l'un après l'autre le promettant, qui leur répond à tous d'un seul coup *post omnium interrogationem;* il y a d'abord autant de questions que de stipulants, ensuite une réponse unique. Veut-on créer la corréalité passive, c'est-à-dire entre codébiteurs? le créancier les interroge, ou chacun isolément, *spondes,* ou tous ensemble, *spondetis;* une fois questionnés jusqu'au dernier, ils répondent, ou chacun isolément, *spondeo*, ou tous ensemble, *spondemus;* l'essentiel est que le stipulant ait interrogé tous les promettants avant de recevoir aucune réponse. La moindre intercalation, dans l'un ou l'autre cas, ferait un créancier ou débiteur distinct, et non corréal, du stipulant ou du promettant qui aurait reçu ou adressé la réponse avant ses costipulants ou ses copromettants. Ces règles sont impératives, et proscrivent toute autre manière de créer la corréalité par la stipulation (*Inst.*, pr. *hic;* f. 3, f. 4, *Dig.*, 45-2).

Contrat littéral et testament. — Si la stipulation fut la plus antique et resta la plus usuelle des manières de créer les obligations corréales ou solidaires, on ne tarda pas à faire également usage de deux autres moyens fondés, comme le précédent, sur la toute-puissance d'une formule. Car l'*expensilatio* ou contrat *litteris* devint, surtout à l'égard des *argentarii* ou banquiers, un procédé com-

mode pour atteindre le même résultat; et tout testateur put imposer un legs à plusieurs cohéritiers ou le laisser à plusieurs colégataires, considérés comme débiteurs ou créanciers corréaux (f. 9, *Dig.*, 2-14; f. 34, *Dig.*, 4-8; f. 8, p. 1, *Dig.*, 30; f. 16, *Dig.*, 31).

Contrats en général. — Ces actes à formes solennelles eurent seuls la force, à l'origine, de produire la corréalité ou la solidarité; tout au moins doit-on le supposer. Plus tard, la jurisprudence admit la validité des pactes adjoints *in continenti*, c'est-à-dire sans intervalle, aux contrats de bonne foi, même par la suite aux contrats de droit strict; dès lors, ils reçurent valablement les clauses destinées à rendre l'obligation corréale ou solidaire. On alla jusqu'à reconnaître la même énergie aux conventions simplement prétoriennes, telles que le pacte de constitut. Le principe de la dernière époque est donc que toute obligation née du consentement peut être corréale ou solidaire (f. 16, *Dig.*, 13-5; f. 9, *Dig.*, 45-2; C. 5, 9, 12, *Cod.*, 4-2).

Autres sources diverses. — Mais en dehors de cette sphère, on rencontre des codébiteurs tenus à cause d'un fait licite non conventionnel; tels sont les cotuteurs obligés envers un même pupille, ou les magistrats municipaux qui ont la gestion des finances d'une même cité. Pareillement, du fait illicite de plusieurs personnes dérive une action pénale unilatérale, suivant une distinction qui sera exposée plus loin; telles sont les actions *quod metûs causâ, de dejectis* et *effusis*, etc. De ces deux classes d'hypothèses, c'est-à-dire des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits, il ne peut naître que la solidarité, jamais la corréalité (f. 18, p. 1, *Dig.*, 26-7; f. 11, *Dig.*, 50-1; f. 14, p. 15; f. 15, *Dig.*, 4-2; f. 3, 4, *Dig.*, 9-4).

Quant aux actions pénales bilatérales, telles que l'*actio furti*, elles entraînent autant de payements qu'il y a de débiteurs. Elles sont donc étrangères à notre théorie actuelle (*suprà*, n° 297).

299. **Principe commun.** — Si les divers cas de corréalité ou de solidarité ne sont pas sur la même ligne à tous les points de vue, un principe du moins leur est uniformément applicable. C'est que toute obligation corréale ou solidaire implique unité d'objet et pluralité de liens.

Unité d'objet. — Il y a unité d'objet, *una res vertitur*; autrement dit, chacune des créances ou chacune des dettes porte sur la même prestation. Dans ce sens, on peut avancer qu'en dépit du nombre

quelconque des parties, il n'existe qu'une obligation. Ce point de départ amène à conclure que la prestation due à chaque créancier ou par chaque promettant doit être, non-seulement identique, mais de plus exactement égale aux autres, sous peine de supprimer la corréalité ou la solidarité. Par exemple, Primus et Secundus ne sauraient stipuler *correaliter* l'usufruit viager du même fonds, parce que l'inégale durée de leurs vies imprimera nécessairement une valeur inégale aux deux usufruits; de même, Primus et Secundus ne sauraient devoir *correaliter* l'esclave Stichus, lorsque le contrat déclare l'un responsable même de sa faute, et l'autre seulement de son dol (f. 15, p. 1; f. 9, *Dig.*, 45-2).

Pluralité de liens. — A l'inverse, il y a pluralité de liens, puisqu'il y a plusieurs sujets actifs ou passifs; tous ces liens sont principaux, nul d'entre eux n'est accessoire, puisqu'un seul et même acte les a produits. Sous ce nouvel aspect, la corréalité ou la solidarité implique autant d'obligations distinctes qu'il y a de créanciers ou de débiteurs. En conséquence, ces obligations sont susceptibles de différer entre elles par la vigueur ou les circonstances de leur existence juridique, et restent même indépendantes les unes des autres dans leur formation. Ainsi, l'un des stipulants n'obtient pas de réponse, ou l'une des personnes interrogées se tait, ou sa promesse demeure nulle, comme émanée d'un incapable; l'obligation n'en sera pas moins corréale ou solidaire à l'égard de ceux qui auront valablement fait ou reçu la réponse. Par une application frappante de la même idée, les créances ou les dettes de ce genre peuvent être, les unes pures et simples, les autres à terme ou sous condition; la modalité qui retarde l'exigibilité ou la naissance des secondes n'empêche pas l'exercice immédiat des premières (f. 6, p. 2; f. 9, p. 2; f. 12, p. 1, *Dig.*, 45-1; *Inst.*, p. 2, *hic*).

§ II

Effets de la corréalité au point de vue actif.

300. Pour les cocréanciers qui ont le droit de réclamer chacun le tout au débiteur, la loi romaine ne distingue pas les deux conditions de la corréalité et de la solidarité; l'un et l'autre de ces noms exprimeraient ici la même idée, conforme dans tous les cas au type de l'obligation corréale. Il ne doit donc être question, au point de vue actif, que de corréalité.

Cette simplicité de règles tient à deux raisons. D'abord, à Rome comme chez nous, l'obligation *in solidum* se rencontre plus souvent entre débiteurs qu'entre créanciers. Car entre débiteurs elle assure et facilite à l'ayant droit le recouvrement de ce qui lui est dû, tandis qu'entre créanciers elle constitue une sorte de mandat incommode par ses effets et par son irrévocabilité. Aussi la théorie de l'obligation *in solidum* fut-elle plus soigneusement élaborée au point de vue passif, et marquée de nuances plus délicates. En outre, l'application des règles absolues de la corréalité paraît bien moins choquante à l'égard des créanciers, et n'appelait pas nécessairement une doctrine plus douce.

Du reste, les parties restent libres de modifier conventionnellement certains effets de la créance corréale.

301. **Rapports des créanciers corréaux avec le débiteur.** — Les rapports des *correi stipulandi* avec le débiteur se déduisent, pour la plupart, de l'idée générale qu'il y a unité d'objet et pluralité de liens. On peut les ramener à trois propositions fécondes en résultats:

Première proposition. — Chacun des cocréanciers est réputé seul maître de la créance à l'effet de l'exercer et de la réaliser. Ce point de départ, discuté peut-être dans le vieux droit, mais accepté sans conteste dès le temps classique, mène aux conséquences suivantes :

1° Le payement fait à l'un des créanciers corréaux éteint la créance des autres, tout aussi bien que si chacun d'eux avait reçu sa part de la chose due (*Inst.*, p. 1, *hic*).

Sont traités comme le payement tous les modes d'extinction qu'on lui assimile d'habitude, la dation en payement, l'acceptilation, le serment, les offres réelles avec consignation, le pacte de constitut, et même, dans l'opinion qui a dû prévaloir, la novation (f. 7, f. 41, p. 1, *Dig.*, 22-1 ; f. 2, *Dig.*, 45-2 ; f. 28, *Dig.*, 12-2; f. 10, *Dig.*, 13-5 ; f. 31, p. 1, *Dig.*, 46-2).

2° La *litis contestatio*, intervenue sur la demande que forme en justice l'un des créanciers corréaux, fait disparaître la créance des autres. Car il est de principe qu'elle ferme la voie à toute action nouvelle sur le même point, *non bis in idem;* d'un autre côté, comme elle remplace par un droit nouveau le droit désormais épuisé, ce ne saurait être qu'au profit du demandeur, non des tiers étrangers à la poursuite. Justinien lui-même n'a point effacé cet

effet absorbant de la *litis contestatio*, dans son application à la corréalité active, et l'on ne doit pas l'en blâmer. Du moment que chaque créancier peut recevoir le payement intégral, il est naturel que la poursuite assure au poursuivant le même avantage exclusif; autrement il se trouverait à la merci du débiteur. On comprend aisément, du reste, que le débiteur, une fois actionné par l'un des créanciers, se considère comme indépendant des autres; aussi la même règle est-elle admise chez nous (f. 2, f. 16, *Dig.*, 45-2; f. 51, p. 4, *Dig.*, 21-2; c. art. 1198 Cod. civ.).

Deuxième proposition. — A l'inverse, il est possible que la créance se perpétue à l'égard de tous les créanciers corréaux par le fait d'un seul. C'est ainsi que le serment affirmatif de la créance, prêté par l'un des *correi stipulandi* sur l'offre du débiteur, profite à tous les autres (*Dig.*, 12-2).

Ces deux premières propositions dérivent de l'unité d'objet. Le point de vue différent de la pluralité de liens amène à la troisième.

Troisième proposition. — Le débiteur, avant toute poursuite, est libre de choisir celui des créanciers qu'il lui plaît de payer, comme le plus diligent d'entre eux est libre de réclamer le payement. Du reste, rien n'empêche un des *correi stipulandi* de se contenter d'une *solutio* partielle, bien qu'on ne puisse la lui imposer (f. 34, p. 1, *Dig.*, 46-3).

Dans le même ordre d'idées, un des *correi stipulandi* peut recevoir une sûreté réelle ou personnelle, à l'exclusion des autres (f. 6, p. 1, *Dig.*, 45-2).

302. **Rapports des créanciers corréaux entre eux.** — Lorsqu'un des créanciers corréaux a touché le payement intégral, ou plus généralement a éteint le droit de ses *correi*, est-il tenu de les indemniser chacun pour sa part?

En principe, cette obligation n'est pas comprise dans le simple rapport de corréalité, et ne saurait naître que d'une cause extrinsèque et déterminée. Le *correus* payé ou satisfait reste soumis à un recours de ses collègues, lorsque la corréalité avait sa source dans un intérêt commun, et que le payement devait en conséquence profiter à tous. Le recours appartient alors à chacun, non pour une part nécessairement virile, mais pour la part qui lui revient d'après la situation; il s'exerce par l'une ou l'autre des deux actions, suivant les cas.

En effet, la cause du recours sera le plus souvent un contrat

proprement dit de société. Si la créance corréale de Primus et de Secundus est un des éléments d'une association formée contractuellement entre eux, celui des deux qui en touchera le montant intégral sera contraint, par l'action *pro socio*, d'en partager le bénéfice avec l'autre (f. 62, *Dig.*, 35-2).

D'autres fois, en l'absence d'une société véritable, il y aura néanmoins une communauté d'intérêts entre les cocréanciers. Par exemple, Primus et Secundus auront vendu une propriété indivise et seront devenus, à la suite de cette vente, créanciers corréaux du prix, *duo rei credendi*; celui des deux qui le recevra en devra communication à l'autre, selon les règles de l'action *communi dividundo* (*Arg.* f. 6, p. 2-7; f. 11, *Dig.*, 10-3).

Telle est donc la théorie vue d'ensemble; c'est uniquement d'une société réelle ou virtuelle que dérive, entre cocréanciers corréaux, le recours que n'engendre point en elle-même la corréalité. L'existence de l'association expresse ou tacite doit être prouvée par le créancier qui l'allègue, et ne forme pas le droit commun (f. 3, p. 3; f. 29, f. 34, *Dig.*, 4-8; f. 71, *Dig.*, 46-1).

302 *bis*. La corréalité accompagnée de société est évidemment plus raisonnable en théorie, et devait être plus ordinaire en pratique. Car elle laisse prévoir d'avance le bénéfice de chaque créancier, et l'on reconnaîtra bientôt qu'elle rend moins facile l'extinction de la créance, par le fait d'un seul au préjudice de tous. Cependant la corréalité active sans société trouvait aussi des applications; entre autres usages, elle pouvait constituer une donation réciproquement adressée par les cocréanciers à celui d'entre eux qui serait payé, ou par le débiteur à celui des *correi stipulandi* qui toucherait la valeur due.

Mais il n'était aucunement possible aux jurisconsultes de présumer la corréalité *cum societate*, quel qu'en fût l'avantage. Les sources de la créance corréale, on les connaît déjà; nulle d'entre elles, la stipulation moins que toute autre, n'était de nature à nouer un lien d'association entre les cocréanciers. Pour obtenir ce résultat, il fallait donc un élément de plus, soit une précaution formelle des parties, soit une indication tirée des circonstances.

§ III

Effets de la corréalité et de la solidarité au point de vue passif.

303. Pour les codébiteurs tenus *in solidum*, le droit romain distingue les deux conditions de la corréalité et de la solidarité.

Si leur obligation dérive du consentement, c'est-à-dire d'un contrat, d'un pacte ou d'un testament, elle peut être corréale ou solidaire. Produit-elle une action de droit strict, on la présume corréale. Produit-elle une action de bonne foi, on la présume solidaire (f. 9, *Dig.*, 45-2; f. 10, *Dig.*, 13-5; f. 1, p. 43, *Dig.*, 16-3).

Si l'obligation ne dérive pas du consentement, mais bien d'un fait licite non conventionnel, comme une cotutelle, ou d'un délit productif d'une action pénale unilatérale, on sait déjà qu'elle ne peut être que solidaire (*suprà*, n° 298).

Entre la dette corréale et la dette simplement solidaire, les différences sont graves, mais peu nombreuses.

304. **Rapports des codébiteurs avec le créancier.** — Les codébiteurs corréaux, *correi promittendi*, sont strictement soumis au double principe de l'unité d'objet et de la pluralité de liens, comme les cocréanciers corréaux, *correi stipulandi*.

Codébiteurs corréaux. — *A*. Chacun des codébiteurs corréaux peut, à son gré comme au gré du créancier, être réputé seul obligé. De là deux grandes conséquences :

1° Dès que la totalité de la chose due a été fournie une fois, fût-ce par un seul des *correi promittendi*, la dette de tous se trouve éteinte; un payement fait postérieurement par erreur donnerait lieu à la *condictio indebiti* (*Inst.*, p. 1, *hic*).

Entraînent également libération de tous les codébiteurs les divers modes d'extinction assimilables au payement, tels que la *datio in solutum*, l'*oblatio rei debitæ*, l'acceptilation, la novation, le serment négatif de la dette, déféré par le créancier, et prêté par un *correus*, etc. (f. 13, p. 2; f. 16 *Dig.*, 46-4; f. 20, *Dig.*, 16-1; f. 28, *Dig.*, 12-2).

2° Jusqu'à Justinien, la *litis contestatio*, intervenue sur la demande qui est formée en justice contre l'un des codébiteurs corréaux, éteint la dette des autres. Cette règle de procédure mettait injustement à la charge du créancier l'insolvabilité du débiteur pour-

suivi, et bien des inconvénients en résultaient dans la pratique. Supposons quatre codébiteurs corréaux de cent sesterces; si le créancier n'est assuré de la solvabilité de chacun que jusqu'à concurrence d'un quart, la prudence lui ordonne de renoncer au bénéfice de la corréalité; il devra donc intenter quatre demandes de vingt-cinq, tout comme s'il avait affaire à de simples débiteurs conjoints (f. 51, p. 4, *Dig.*, 21-2).

B. En sens contraire, il peut arriver que du chef d'un seul des codébiteurs corréaux la dette se perpétue à l'égard de tous; entre autres exemples, il en est ainsi dans le cas où le corps certain que doivent ensemble plusieurs *correi promittendi* vient à périr par le fait de l'un d'eux (f. 18, *Dig.*, 45-2).

C. S'il est incontestable que les solutions précédentes se rattachent à l'unité d'objet, la pluralité de liens a des résultats également certains. Par exemple, le plus riche ou le mieux intentionné des codébiteurs peut dès l'échéance imposer le payement au créancier, avant toute poursuite, comme le créancier peut l'exiger du premier venu d'entre eux. De même, si la chose due périt par cas fortuit après la mise en demeure d'un seul des *correi*, celui-ci reste tenu, malgré la libération de tous les autres (f. 32, p. 4, *Dig.*, 22-1; f. 173, p. 2, *Dig.*, 50-17).

Enfin des sûretés personnelles ou réelles sont valablement fournies par un seul ou pour un seul des *correi promittendi* (f. 6, p. 1, *Dig.*, 45-2).

Codébiteurs solidaires. — Cette situation des codébiteurs corréaux, ainsi délimitée à grands traits, n'est pas applicable sans réserves aux codébiteurs simplement solidaires. Dans cette sphère nouvelle, l'influence de formes strictes ne se fait plus sentir, et les jurisconsultes suivent de plus près la volonté probable des parties ou l'intention prétorienne.

A. On admet donc encore que le payement, ou tout autre mode équivalent d'extinction, émané d'un des solidaires ou réalisé dans sa personne, les libère tous. Mais l'effet extinctif de la *litis contestatio* ne profite plus qu'au débiteur poursuivi, et n'est pas invocable par les autres (f. 5, p. 15, *Dig.*, 13-6; f. 47, *Dig.*, 19-2; f. 52, p. 3, *Dig.*, 46-1).

Cette première différence fut effacée par Justinien, qui assimila sur ce point les dettes corréales aux dettes solidaires (C. 28, *Cod.*, 8-41).

Elles restent néanmoins séparées par d'autres dissemblances.

B. Ainsi, que la chose due par des codébiteurs solidaires vienne à périr par le fait, par la négligence, ou fortuitement après la mise en demeure de l'un d'entre eux, il reste tenu dans tous les cas ; mais les autres sont libérés, à moins d'une clause contraire qui fasse peser sur tous la responsabilité des fautes de chacun (f. 1, p. 43, *Dig*., 16-3 ; f. 23, *Dig*., 50-17).

C. De même, si la poursuite dirigée contre l'un des solidaires n'est fondée, ni sur son dol personnel, ni sur un dol commun à tous, on lui permet d'exiger la division de l'action du créancier entre tous les codébiteurs solvables. Cette règle est certaine, sinon pour tous, au moins en faveur des *comandatores pecuniæ credendæ*, des cotuteurs, des magistrats municipaux, et des cautions solidaires (f. 7, *Dig*., 27-7 ; f. 1, p. 10-14, *Dig*., 27-3 ; f. 45, *Dig*., 26-7 ; Nov. 99).

305. **Rapports des codébiteurs entre eux.** — On trouve un nouveau trait de différence entre les corréaux et les solidaires, dans la situation du codébiteur qui a payé l'intégralité de la dette ou procuré de toute autre façon une libération complète à titre onéreux.

Recours de droit commun. — Dans la doctrine pure, la corréalité ou la solidarité de la dette ne saurait en elle-même engendrer, pour le codébiteur qui a payé, aucun recours contre ses collègues. Par l'effet de principes déjà constatés à propos de la corréalité active, ce codébiteur ne pourra réclamer que s'il existe en sa faveur, dans un contrat de société, dans une communauté quelconque d'intérêt, ou dans une circonstance analogue, le fondement d'une action *pro socio, communi dividundo, negotiorum gestorum, mandati*, etc. En d'autres termes, le rapport de mandat ou de gestion d'affaires n'est pas admis de plein droit entre codébiteurs corréaux ou solidaires ; si l'un d'eux a payé, ce n'est point pour être utile aux autres, mais pour se libérer lui-même. Cependant la preuve d'une mission tacite de ce genre sera plus facile entre codébiteurs solidaires, sous l'influence de la *bona fides* qui préside à leurs relations ; on va même souvent jusqu'à la supposer faite (f. 4, *Dig*., 9-3).

Bénéfice de cession d'actions. — Mais la jurisprudence romaine a construit sur ce point une théorie plus raisonnable qui assure, par un détour ingénieux, un recours au codébiteur corréal ou so-

lidaire, abstraction faite de toute société. C'est le bénéfice *cedendarum actionum*.

Le débiteur qui libère ses coobligés peut, en effet, exiger que le créancier lui cède ses actions. S'il s'acquitte spontanément, la cession est la condition de ce payement volontaire, dont une partie représente alors la part qui incombait au *solvens* dans l'obligation commune, et dont l'autre partie représente le prix d'achat des actions qui lui sont vendues. Si l'on suppose, au contraire, une poursuite du créancier contre l'un des codébiteurs, celui-ci obtient la cession par le moyen de l'exception de dol, sous-entendue ou formellement exprimée. Dans tous les cas, ce droit à la cession est fondé sur une équité manifeste, et découle de l'impuissance où se trouverait le créancier d'en justifier le refus ; car il n'a plus d'intérêt à garder ses actions, du moment qu'on le paye. L'avantage qui en découle pour le débiteur est énorme ; à défaut d'un lien d'association qui lui permette de recourir contre ses collègues en son nom propre, sa substitution au créancier l'autorise à les poursuivre quand même pour leur part. Dans l'hypothèse inverse d'une association, il peut lui être préférable de renoncer à l'action qu'elle lui ouvre, et d'exercer plutôt les actions du créancier, si elles sont garanties par quelque sûreté spéciale (f. 21. *Dig.*, 27-3; f. 65, *Dig.*, 21-2).

La cession d'actions est théoriquement soumise à deux conditions essentielles. La première, c'est qu'elle ait été faite, ou du moins convenue, avant le payement; car, une fois payé sans réserves, le créancier n'aurait plus rien à céder; créances et actions s'évanouiraient. La seconde, c'est que la dette corréale ou solidaire ne provienne pas d'un délit, et que la poursuite du créancier ne soit fondée, ni sur un dol commun à tous les débiteurs, ni sur le dol ou la faute du débiteur poursuivi, car la loi ne saurait voir un germe quelconque de recours dans un fait délictueux (f. 1, p. 14, *Dig.*, 27-3 ; C. 2, *Cod.*, 5-58 ; f. 76, *Dig.*, 46-3).

La part, que doit supporter dans la dette le codébiteur cessionnaire des actions du créancier, est à déduire de son recours. Il ne peut même agir contre ses divers collègues que dans une mesure proportionnelle au profit retiré par chacun de la dette ; on ne tient pas compte des insolvables dans cette division, et la charge de l'insolvabilité se répartit entre les solvables ; l'équité le veut ainsi (arg. C. 13, *Cod.*, 4-65).

305 *bis*. Le bénéfice de cession d'actions est jusqu'ici commun aux débiteurs corréaux et solidaires. Cependant trois différences les séparent encore à ce point de vue :

1° Sur la poursuite du créancier, le corréal n'est admis à demander la cession que jusqu'à la *litis contestatio*, tandis que le solidaire peut la réclamer jusqu'au payement, c'est-à-dire *post litem contestatam*, *post sententiam*, au cours de l'action *judicati* (f. 1, p. 18, *Dig.*, 27-3 ; f. 41, p. 1, *Dig.*, 46-1).

2° Le créancier est obligé de garder ses actions pour le solidaire, en ce sens que, s'il ne veut ou ne peut les lui céder, le juge diminuera la condamnation du débiteur de la quantité que lui eût fait recouvrer la cession. Au contraire, dans le cas de corréalité, le créancier n'est pas tenu de conserver ses actions intactes, et l'exception *doli mali* ne punit son refus que s'il les a (f. 45, *Dig.*, 26-7 ; f. 15. p., 1, *Dig.*, 46-1).

3° Quand le débiteur solidaire a oublié de réclamer la cession avant le payement, on la répute sous-entendue, tout au moins pour lui attribuer les actions de créancier à titre d'utiles. Cette même faveur, refusée au corréal par les principes du droit strict et par les textes du Digeste, lui est peut-être accordée aux temps du Code (f. 1, p. 13, *Dig.*, 27-3 ; f. 39, *Dig.*, 46-1 ; C. 2, *Cod.*, 8-40).

§ IV

Extinction de l'obligation corréale et solidaire.

306. Sans anticiper sur la théorie future de l'extinction des obligations en général, et réserve faite de tous les détails, qui trouveront ailleurs une place logique, on doit partager en deux groupes les événements destructifs de l'obligation corréale ou solidaire en particulier.

Les uns opèrent objectivement. En d'autres termes, réalisés du chef de l'un des cocréanciers ou de l'un des codébiteurs, ils éteignent la créance ou la dette de tous, par suite de l'unité d'objet. Ce sont notamment le payement, la perte fortuite de la chose due, la transaction, le serment sur l'existence de la dette, la novation, l'acceptilation, la compensation dans le cas de société, la prescription à l'époque du Bas-Empire, le pacte *in rem* fait à l'un des coobligés.

Les autres opèrent subjectivement. Ils n'éteignent que la créance

ou la dette du cocréancier ou du codébiteur qui y a participé, sans toucher à la situation de ses collègues, par suite de la pluralité de sujets ou de liens. Ce sont notamment la confusion, la *restitutio in integrum*, la *minima capitis deminutio* dans le droit classique, et le pacte *in personam*.

SECTION TROISIÈME

CONCOURS DE PLUSIEURS PARTIES PRINCIPALES ET ACCESSOIRES.

Comme on l'a vu, les *correi stipulandi* ou *promittendi*, indépendants les uns des autres, égaux entre eux, jouent indistinctement dans un seul et même contrat le rôle de parties principales.

Mais à côté d'un stipulant ou promettant principal, intervient souvent un stipulant ou promettant accessoire. Cette partie subalterne remplit la double fonction de mandataire envers le créancier ou le débiteur qu'elle accompagne, et de créancier ou de débiteur envers l'autre contractant. De plus, elle puise sa créance ou sa dette dans un contrat distinct et séparé, qui ne se forme pas nécessairement au même instant ni dans le même lieu que le contrat dont il est l'auxiliaire.

A ces deux points de vue, le concours de plusieurs parties, les unes principales, les autres accessoires, diffère de la corréalité. Il lui ressemble par la règle que ces obligations multiples doivent toutes avoir un objet identique.

§ I

Adstipulatio.

307. L'*adstipulatio* n'existait plus au temps de Justinien ; mais elle avait eu de l'importance dans le droit classique, et Gaïus nous la fait connaître (III, 110-114).

On appelle *adstipulator* une personne qui, pour s'adjoindre à un stipulant principal, stipule du même débiteur le même objet. L'*adstipulatio* est donc un contrat verbal accessoire, qu'il faut envisager sous le triple rapport de son utilité, de sa forme et de ses effets.

De son utilité. — L'utilité de l'*adstipulatio* tenait à la vieille règle romaine : *nemo alieno nomine lege agere potest*. Dans la prévision d'un voyage, d'une absence, d'une gêne quelconque, ou désireux de n'intenter pas lui-même l'action née de la stipulation, un *stipu-*

lator voulait se décharger sur un ami du soin d'exiger le payement à sa place. Mais la loi ne lui permettait pas de confier la poursuite à un tiers; plus tard, quand il devint possible de plaider par procureur, ce ne fut qu'avec des formes et sous des garanties embarrassantes. Le *stipulator* ou créancier tournait alors l'obstacle, en faisant intervenir un *adstipulator* qui participait à la créance, agissait de son propre chef et lui rendait compte à la fin.

Après la disparition des *legis actiones*, on conserva l'*adstipulatio* dans une autre vue. Les stipulations *post mortem stipulantis* étaient nulles en principe (*suprà*, n° 284); mais on arrivait à leur donner une pleine efficacité pratique, par l'adjonction d'un *adstipulator* qui acquérait, en son propre nom, l'action refusée au stipulant principal comme à ses héritiers, et qui l'exerçait dans l'intérêt de ces derniers, sous la charge de leur rendre compte. Pour généraliser, il est exact de dire que, dans tous les cas où la stipulation, civilement nulle, engendre néanmoins une obligation naturelle, un *adstipulator* étranger à la cause de nullité peut s'adjoindre utilement au contrat. Toutefois ce n'est là qu'une fonction secondaire et plus récente de l'*adstipulatio*, dont l'origine primitive se découvre dans la rigueur de l'antique procédure.

De sa forme. — La forme de l'*adstipulatio* était essentiellement verbale. Elle n'intervenait vraisemblablement qu'à la suite et comme accessoire d'une première stipulation; nul autre contrat n'en était susceptible. Mais l'*adstipulator* ne devait pas nécessairement employer la même formule d'interrogation que le stipulant principal; celui-ci pouvait dire, par exemple, *centum dari spondes?* et l'autre, *idem fide tuâ promittis?* ou réciproquement.

L'influence de la forme se faisait d'ailleurs sentir sur le fond. Le principe était avant tout que la stipulation principale et l'*adstipulatio* avaient forcément le même objet. Il fallait de plus que l'*adstipulatio* ne fût, sous aucun rapport, plus onéreuse au débiteur; *nec plus in accessione potest esse, quàm in principali;* ainsi le créancier auxiliaire ne peut stipuler dix, ou purement et simplement, quand le principal créancier a stipulé cinq, ou sous une modalité. En sens inverse, rien n'empêche que l'*adstipulatio* soit moins onéreuse au débiteur.

De ses effets. — De ces prémisses résultent des effets remarquables à plus d'un titre. L'*adstipulator* remplit le double rôle de mandataire envers le *stipulator*, et de créancier envers le *promissor*.

En conséquence, dans ses rapports avec le débiteur, l'*adstipulator* est absolument maître de la créance ; il a l'action du contrat verbal, le droit de recevoir le payement, et même le pouvoir d'accorder une libération gratuite de la dette, fût-ce au moyen d'une acceptilation ; ces actes quelconques seront opposables par le *promissor* aux deux créanciers.

Mais l'*adstipulator*, à la différence d'un stipulant ordinaire, n'est pas libre de laisser son droit inactif, et doit, en qualité de mandataire, l'exercer quand le stipulant principal en est empêché lui-même. Par un autre corollaire de la même idée, l'*adstipulator* est tenu de rendre compte au *stipulator*, soit du payement, soit des actes de libération gratuite qui ont éteint la créance, sous peine de subir l'action de mandat et même, dans le cas spécial d'une acceptilation, l'action pénale *legis Aquiliæ*. Enfin le droit de l'*adstipulator* lui est personnel, comme l'est toujours au mandataire le pouvoir qu'il a reçu du mandat ; sa créance ne passe donc pas à ses héritiers, et s'éteint par sa *capitis deminutio*.

Il est dès lors manifeste qu'on ne prend pas utilement la qualité d'*adstipulator*, si l'on n'a l'aptitude à devenir soi-même créancier. En d'autres termes, l'*adstipulatio* faite par un esclave (ou par un individu *in mancipio*) ne saurait être que nulle ; car elle ne vaut, ni pour le maître qui n'a pas reçu le mandat, ni pour l'*adstipulator* qui manque de toute capacité propre. Au contraire, émanée d'un fils de famille (ou d'une femme *in manu*), l'*adstipulatio* est efficace et produit une créance, qui reste d'ailleurs sur sa tête à l'exclusion du *pater ;* car l'*adstipulator* est ici doué d'une capacité propre, et garde le droit que n'acquiert point le père étranger au mandat. Seulement il ne pourra l'exercer en justice qu'une fois devenu *sui juris* sans *capitis deminutio*, c'est-à-dire par son élévation à certaines dignités sacerdotales, ou par la mort du chef de famille.

L'*adstipulatio* disparut avec ses deux raisons d'être, et n'est pas même nommée dans la compilation de Justinien. Imaginée pour satisfaire à des besoins accidentels et pour corriger des rigueurs artificielles de procédure, elle n'était d'ailleurs avantageuse qu'au créancier. Dans ses causes et dans ses effets, au double point de vue théorique et pratique, elle n'eut donc jamais la haute valeur de l'*adpromissio*.

§ II

Adpromissio.

308. De même qu'on vient de voir un tiers s'adjoindre au stipulant principal, pour acquérir accessoirement la même créance, de même un tiers peut s'adjoindre au promettant principal, pour s'obliger accessoirement à la même dette. Mais l'*adpromissio* n'a rien d'arbitraire et se trouve, sous diverses formes, dans toutes les législations, preuve irréfutable qu'elle répond à des nécessités toujours présentes. De plus, elle n'est pas organisée dans l'intérêt exclusif de l'un des contractants, mais dans l'intérêt commun des deux parties. Car en prémunissant le créancier contre le danger de l'insolvabilité du débiteur, elle augmente du même coup le crédit de ce dernier.

L'*adstipulatio* n'est qu'une des faces de l'opération plus large qu'on appelle *intercessio*. Or *intercedere*, c'est obliger sa personne ou sa chose pour autrui. Cette définition contient en germe les trois éléments constitutifs de l'*intercessio*; il faut que : 1° l'*intercessor* oblige sa personne ou sa chose ; 2° il l'oblige pour garantir o remplacer la dette d'autrui ; 3° il l'oblige envers le créancier actue ou futur d'autrui.

On verra plus tard que l'esclave, au point de vue prétorien, oblige ordinairement son maître par ses contrats, jusqu'à concurrence de son pécule ; mais il ne l'oblige pas même dans cette limite au moyen d'une *intercessio*. La femme est également empêchée d'intercéder par le célèbre sénatus-consulte Velléien, rendu probablement sous le règne de Claude, en l'année 46 de notre ère (f. 3, p. 5-6, *Dig.*, 15-1 ; *Dig.*, 16-1).

Les applications principales de l'*intercessio* sont au nombre de six : 1° on constitue sur sa chose un droit de gage ou d'hypothèque, en sûreté de la dette d'un tiers ; 2° on fait un pacte de constitut ; 3° on se porte *mandator pecuniæ credendæ ;* 4° on opère une *interventio*, en d'autres termes, on assume la dette d'un tiers qui allait s'obliger et s'en trouve dispensé ; 5° on opère une *expromissio*, c'est-à-dire qu'on assume la dette d'un tiers en s'obligeant *verbis* à sa place, moyennant sa libération ; 6° on accède *verbis* à la dette d'un tiers, ce qui est l'*adpromissio*. Il ne faut ici traiter que de ce

dernier mode d'*intercessio*, le plus classique et le plus fréquent; les autres seront expliqués à leurs places respectives.

Le droit romain a connu trois sortes d'*adpromissores*: le *sponsor*, le *fidepromissor* et le *fidejussor*; ce troisième, plus récent que les deux autres, coexista quelque temps avec eux, et finit par les remplacer absolument.

Quand un débiteur s'adjoint un *adpromissor* quelconque, il fait ce qu'on appelle une *satisdatio*. Donner au créancier cette sûreté, c'est donc *satisdare*; la recevoir, c'est *satisaccipere* (f. 5, p. 1-2, *Dig.*, 45-1).

Règles communes à tous les adpromissores.

309. Les troisclasses d'*adpromissores* relèvent de cinq grandes règles communes.

A. *Forme verbale.* — L'*adpromissio* se contracte toujours *verbis*, au moyen de la stipulation. La formule *spondesne? spondeo*, qui crée un *sponsor*, est exclusivement réservée aux citoyens romains, et suppose de toute nécessité l'emploi de la langue latine. La formule *fidepromittisne? fidepromitto* fut regardée comme équivalente, afin de permettre au pérégrin de se porter caution. Quant à la formule *fidejubesne? fidejubeo*, on l'inventa pour sortir des limites étroites et gênantes du vieux droit. Le *fidepromissor* et le *fidejussor* usent efficacement d'une langue quelconque, suivant les principes généraux de la stipulation (*Gaïus*, III, 93, 115, 116; *Inst.*, p. 7, *hic*).

Puisque l'*adpromissio* résulte d'un contrat distinct, cette dette accessoire peut donc naître en un autre lieu que la dette garantie (f. 49, p. 2, *Dig.*, 46 1).

B. *Nécessité d'une obligation principale.* — Il ne saurait exister d'*adpromissio* sans une obligation principale dont elle dépend.

Il n'importe que cette obligation principale soit civile, prétorienne ou simplement naturelle, c'est-à-dire qu'elle puisse ou non produire une action; car l'*adpromissio* n'aura souvent d'autre but que de fortifier une dette insuffisante. Une obligation accessoire joue même quelquefois ce rôle d'obligation principale; c'est ainsi qu'un premier fidéjusseur en fournit valablement un second pour lui-même (f. 8, p. 12, *Dig.*, 46-1).

Une suite logique de ces principes, c'est que l'*adpromissio*, qui peut, à l'instar de toute autre dette, s'éteindre directement du chef de l'*adpromissor*, peut également, par voie de conséquence, s'éteindre du chef de l'obligé principal. A cet égard, on doit poser

trois règles fécondes en résultats : 1° tout fait libératoire *ipso jure*, qui affecte l'objet même de l'obligation, éteint la dette au profit du débiteur principal et de l'*adpromissor*, sans qu'on ait à rechercher lequel des deux l'a réalisée ; tels sont le payement, la novation, l'acceptilation, la perte de la chose due ; 2° tout fait libératoire *ipso jure*, qui n'affecte pas l'objet de l'obligation, reste personnel à l'un des obligés et ne libère pas l'autre ; la *capitis deminutio* et la mort sans héritier sont des exemples de cette extinction, bien moins ordinaire que la précédente ; 3° la dette éteinte *per exceptionem*, du chef de l'*adpromissor*, reste entière à l'égard du débiteur principal, si ce n'est en des cas très-rares ; au contraire, toute exception non strictement personnelle au débiteur principal, qu'il l'invoque ou non pour son propre compte, est invocable par l'*adpromissor* (f. 95, p. 1 et 4, *Dig.*, 46-3 ; f. 21, p. 5, *Dig.*, 2-14 ; f. 13, *Dig.*, 4-4 ; f. 7, p. 1, *Dig.*, 44-1).

C. *Impossibilité de comprendre autre chose ni plus.* — L'*adpromissio* ne peut comprendre autre chose ni plus que l'obligation principale ; rien n'empêche d'y comprendre moins, pourvu que la formule verbale de l'engagement exprime la restriction (*Inst.*, p. 5, *hic* ; f. 68, p. 1, *Dig.*, 46-1).

Puisque l'*adpromissio* ne peut comprendre autre chose que l'obligation principale, l'*adpromissor* qui garantirait en argent une dette de blé, ou *vice versâ*, ne serait pas obligé (f. 42, *Dig.*, 46-1).

Puisque l'*adpromissio* ne peut comprendre plus que l'obligation principale, quatre catégories d'hypothèses sont à prévoir. L'*adpromissor*, en effet, a quatre manières de violer cette règle ou de s'obliger *in duriorem causam*, comme disent les Romains : 1° *re*, en promettant une quantité plus forte, vingt au lieu de dix promis par le débiteur, etc. ; 2° *tempore*, en garantissant purement et simplement un débiteur conditionnel, en contractant pour un terme plus rapproché, etc. ; 3° *loco*, en s'engageant à payer dans un lieu déterminé, tandis que le débiteur garanti est tenu *sinè adjectione loci*, etc. ; 4° *causâ*, en laissant au créancier, dans le cas d'une dette alternative, le choix que le débiteur garanti s'est au contraire attribué, etc. Qu'on suppose accomplie l'une ou l'autre de ces quatre hypothèses, l'*adpromissio* ainsi contractée *in duriorem causam* est-elle nulle pour le tout, ou seulement réductible à la mesure de l'obligation principale ? La première solution, plus conforme à l'esprit général de la loi romaine, et mieux adaptée au mécanisme

spécial des contrats de droit strict, paraît en outre avoir les textes pour elle. Il faut donc la préférer, tout en constatant une obscurité regrettable dans les sources, et sans trop s'étonner qu'une décision contraire ait prévalu dans les *intercessiones* de bonne foi, telles que le pacte de constitut (f. 8, p. 7, *Dig.*, 46-1 ; f. 11, p. 1, *Dig.*, 13-5).

Du reste, à la condition de n'avoir pas plus d'étendue que l'obligation principale, l'*adpromissio* peut être plus efficace en elle-même et consister dans un lien plus énergique ; car on sait déjà qu'elle s'adjoint utilement à des dettes prétoriennes ou naturelles. Les commentateurs ont exprimé ce résultat dans une formule abstraite : *adpromissor magis obligari potest intensivè, non potest extensivè.*

Enfin, par le seul fait que l'*adpromissor* a garanti la totalité de l'obligation principale, *omnis causa*, il en garantit du même coup les augmentations normales et logiques, notamment les intérêts moratoires ; mais il reste étranger aux accroissements accidentels, entre autres à la peine que peut encourir le débiteur (f. 54, *Dig.*, 19-2; f. 68, f. 73, *Dig.*, 46-1).

D. *Loi Cornélia.* — L'*adpromissio*, primitivement libre dans les limites de l'obligation principale, reçut une restriction nouvelle de la loi Cornélia, rendue vers 678 de Rome, sous la dictature de Sylla. Il fut défendu de se porter *adpromissor* pour une quantité supérieure à vingt mille sesterces d'argent, dans la même année, envers le même créancier, en faveur du même débiteur, *idem pro eodem, apud eumdem, eodem anno.* Cette loi tendait à diminuer les emprunts, en diminuant la sécurité des créanciers et le crédit des débiteurs ; mais elle manquait son but, puisqu'il restait possible de garantir la totalité d'une dette quelconque, par l'adjonction de plusieurs garants partiels. D'après son motif même, la prohibition n'atteignait que les cautions fournies pour une obligation contractuelle et certaine, c'est-à-dire constitutive d'un *creditum*. On ignore si l'*adpromissio* exagérée était nulle pour le tout ou seulement réductible. Cette loi Cornélia paraît être la première qui ait parlé des fidéjusseurs ; on ne saurait dire quand ni comment elle disparut, et le droit de Justinien ne la connaît même plus de nom (*Gaïus*, III, 124-125).

E. *Recours contre le débiteur principal.* — L'*adpromissio* fait naître, à l'échéance du terme qui affecte l'obligation principale, un recours

au profit de l'*adpromissor* contre le débiteur, pour la restitution et dans la mesure de ce qu'a coûté au garant l'extinction de la dette, et pourvu qu'il n'ait pas sciemment négligé de valables défenses. Ce recours s'exerce par l'*actio contraria* de mandat ou de gestion d'affaires, selon que la caution est intervenue du gré ou à l'insu du débiteur principal. Mais il se peut que son intervention n'offre les éléments ni du mandat ni de la gestion d'affaires; c'est lorsque le débiteur principal a fait opposition à l'*adpromissio*, ou que la dette intéressait l'*adpromissor* lui-même, ou qu'il avait l'intention de gratifier l'obligé; en d'autres termes, il s'est engagé *pro invito, vel in rem suam, vel animo donandi;* dans tous ces cas, on ne lui accorde aucune espèce de recours (*Gaïus*, III, 127; *Inst.*, p. 6, *hic*; f. 6, p. 2; f. 20, p. 1; f. 26, p. 4; f. 40, *Dig.*, 17-1).

Règles spéciales aux sponsores et fidepromissores.

310. Les *adpromissores* se partagent en deux catégories, *sponsores* et *fidepromissores* d'une part, de l'autre *fidejussores*.

Différences. — Le *sponsor* ou le *fidepromissor* se confondent à peu près. Cependant on doit relever en eux trois légères différences : 1° le *sponsor* n'est jamais qu'un citoyen romain (*suprà*, n. 309); 2°-3° une loi Publilia, de date inconnue, accorde au *sponsor* deux faveurs spéciales. Au lieu de recourir contre le débiteur par l'action de mandat commune à tous les garants, il peut intenter une action dite *depensi*, dont l'avantage est de lui donner le double en cas d'*inficiatio* du défendeur. En outre, s'il n'est pas remboursé dans les six mois du payement, il peut sans jugement procéder à la voie d'exécution appelée *manus injectio pro judicato*, jusqu'à la ruine du système des *legis actiones* (*Gaïus*, III, 127; IV, 9, 22, 25).

Ressemblances. — Hormis ces dissemblances de détail, le *sponsor* et le *fidepromissor* relèvent ensemble de principes qui font d'eux la contre-partie symétrique des *adstipulatores*.

A. *Nécessité d'accéder à des dettes verbales.* — La *sponsio* et la *fidepromissio* ne peuvent accéder qu'à des obligations contractées *verbis*, c'est-à-dire nées de la stipulation, de la *dictio dotis*, ou de la *jurata promissio liberti* (f. 55, *Dig.*, 23-3; f. 8, p. 1, *Dig.*, 38-1).

Du reste, il n'importe que la dette ainsi garantie soit civile ou naturelle, suivant la règle commune à tous les *adpromissores*. Mais toujours faut-il qu'elle offre les éléments constitutifs d'une pro-

messe verbale ; de là découle, dans l'opinion de plusieurs jurisconsultes romains, la nullité de ces deux sortes d'*adpromissiones* appliquées, soit à la promesse d'un esclave, soit à l'engagement pris dans la forme *spondes* par un pérégrin (*Gaïus*, III, 119).

La novation permettait bien de ramener à la forme *verbis* les obligations nées d'une autre source ; cette métamorphose exigeait toutefois le consentement du débiteur, et des conditions de capacité physique ou légale qui pouvaient faire défaut. Il n'est donc pas injuste de blâmer une disposition qui rétrécissait outre mesure la sphère d'utilité de la *sponsio* et de la *fidepromissio*. De leur qualité d'accessoires, il ne fallait pas conclure qu'elles dussent être la servile copie de l'obligation principale ; du principe de l'unité d'objet ne résultait nullement la nécessité d'une nature identique et d'une même cause.

B. *Intransmissibilité.* — De même que la créance de l'*adstipulator* lui reste personnelle et n'est pas transmissible au point de vue actif, de même la dette du *sponsor* et du *fidepromissor* ne passe pas à leurs héritiers ; l'intransmissibilité dérive, dans tous ces cas, de la même idée de mandat. Mais si les successeurs de l'*adstipulator* ne recueillent pas son droit, c'est qu'autrement ils pourraient compromettre les intérêts du mandant, dont ils n'ont pas eu la confiance. Au contraire, lorsque l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* disparaît à son décès, la sécurité du créancier et le crédit du débiteur sont atteints du même coup, et l'extinction de l'*adpromissio* ne profite qu'aux héritiers de l'*adpromissor*. C'est donc une vue superficielle et fausse de symétrie qui inspira cette assimilation déraisonnable (*Gaïus*, III, 120).

C. *Loi Apuléia.* — Une loi *Apuléia*, plébiscite rendu probablement en l'année 652 de Rome, établit une société de plein droit entre les *sponsores* ou les *fidepromissores* d'un même débiteur. Il en résulte que, si l'un de ces cogarants, tenus *in solidum* envers le créancier, paye au delà de sa part civile, il peut réclamer par l'action *pro socio* la répartition du surplus entre ses collègues, abstraction faite de toute communauté préalable d'intérêts (*Gaïus*, III, 122).

Là se trouve la solution d'un problème assez discuté. D'après quelques auteurs, l'obligation accessoire du *sponsor* ou du *fidepromissor* devait se contracter au même instant que l'obligation principale. Or une loi, dont le nom reste inconnu, mettait le

stipulant, qui recevait des *sponsores* ou *fidepromissores*, dans la nécessité de leur déclarer d'avance et publiquement le nombre de ces garants qu'il se proposait d'obtenir, et la consistance ou quotité de la dette garantie. L'omission de cette *prædictio* donnait à ces *adpromissores* le droit précieux de provoquer dans les trente jours une action préjudicielle ou *præjudicium*, dont l'effet était d'entraîner leur libération, s'ils établissaient en fait que la formalité n'avait pas été remplie. Une telle précaution prouve péremptoirement que les *sponsiones* ou les *fidepromissiones* pouvaient précéder ou suivre la formation de l'obligation principale. Il est probable, en outre, qu'elle se trouvait édictée dans la loi Apuléia; car du moment que les *sponsores* ou *fidepromissores* vont se trouver légalement associés, ils ont grand intérêt à savoir en quel nombre, avec quelles personnes et pour quel objet ils doivent entrer en société (*Gaius*, III, 123).

D. *Loi Furia.* — Une loi *Furia de sponsu*, autre plébiscite que l'opinion commune place en l'an de Rome 659, vient apporter deux limitations de plus à la dette des *cosponsores* ou *cofidepromissores*.

Elle la divise d'abord entre tous les *adpromissores* de ce genre qui vivent au moment de l'échéance; le créancier ne peut donc plus demander le total à chacun, mais seulement sa part virile, et court le risque de l'insolvabilité de chaque *sponsor* ou *fidepromissor*. Cette division s'opère vraisemblablement de plein droit; par conséquent le créancier commettrait une *plus petitio* en poursuivant *in solidum*, et si l'un des *cosponsores* ou *cofidepromissores* payait par erreur au delà de sa part, il intenterait efficacement la *condictio indebiti* pour l'excédant.

En outre, la loi Furia borne à deux ans la durée de l'obligation du *sponsor* ou du *fidepromissor* ; c'est une exception remarquable au principe qu'un laps de temps ne saurait éteindre un droit de créance; il faut remarquer même qu'ici le *dies ad quem* est indépendant de la convention des parties. Ce délai de deux ans, *biennium*, partait sans doute du jour de l'échéance, et produisait, en s'accomplissant, une libération *ipso jure*. Ainsi se révèle l'esprit tout politique de la loi Furia ; pour supprimer de constants désordres, on voulut en tarir la source, qui était l'abus des emprunts. On essaya d'y arriver en stimulant, par la crainte de voir trop vite disparaître la sûreté, l'ardeur des créanciers à poursuivre les garants; sous la menace de ces rigueurs, les débiteurs trouvèrent moins faci-

lement des *adpromissores*, et les dettes diminuèrent avec le crédit.

A la différence de la loi Apuléia, la loi Furia n'était applicable qu'en Italie, où l'on redoutait davantage les soulèvements de la foule. La société qu'avait établie le plus ancien de ces deux plébiscites conserva donc toute son utilité dans les provinces (*Gaïus*, III, 121-122).

La loi Furia, par la date que lui assignent la plupart des auteurs, est antérieure de quatorze ans à la loi Cornélia, qui pour la première fois s'occupa de la *fidejussio*. N'est-il pas naturel de penser que, dans ce court intervalle, on inventa peut-être, du moins on généralisa l'usage des fidéjusseurs, qui s'obligeaient par d'autres paroles, et dès lors échappaient aux règles trop restrictives de la *sponsio* et de la *fidepromissio*? Ils constituaient une sûreté plus large et moins fragile dans le jeu quotidien des affaires. Une fois connu et pratiqué, ce procédé supérieur d'*intercessio* fit disparaître les deux méthodes primitives. Si l'on peut admettre que la *fidepromissio* et la *fidejussio* coexistèrent quelque temps, il est certain qu'à l'époque de Justinien, les deux premières s'identifient avec la troisième; l'abrogation des formules solennelles en avait effacé la différence caractéristique, et la meilleure de ces institutions devait nécessairement absorber les autres.

Règles spéciales aux fidéjusseurs.

311. Il ne sera donc plus question que de la *fidejussio*, seule vivante en réalité depuis le bel âge de la jurisprudence romaine.

Possibilité d'accéder à toute dette. — La fidéjussion accède valablement à une dette quelconque, contractuelle ou née de toute autre source que la convention, même d'un délit (f. 8, p. 5-6, *Dig.*, 46-1; *Inst.*, p. 1, *hic*).

Seule, l'obligation qui pèse sur le mari, ou sur le père du mari, de restituer la dot à la femme, ne comporte pas de fidéjussion. Édictée en 381 par Gratien, Valentinien et Théodose, cette prohibition fut appliquée par Justinien à toute espèce d'*intercessio* pour l'obligation dotale, et notre Code civil en a conservé une trace; le motif en est dans la dignité du mariage (C. 1-2, *Cod.*, 5-20: cf. art. 1550, Cod. civ.).

La fidéjussion peut se former en un autre lieu que la dette principale, et la précéder, l'accompagner ou la suivre. Elle est nécessairement postérieure, quand l'obligation provient d'un fait illicite;

au contraire, si l'obligation garantie est *in futuro*, la fidéjussion ne prendra définitivement naissance qu'avec elle, et reste conditionnelle en attendant (*Inst.*, p. 3, *hic.*; f. 50, *Dig.*, 45-1).

La nécessité de la *prædictio*, imposée au créancier en faveur des *sponsores* et des *fidepromissores*, fut étendue dans la suite à l'hypothèse de la fidéjussion (*Gaïus*, III, 123).

Application du droit commun. — Le droit commun régissait la *fidejussio*, étrangère aux dispositions spéciales des lois Apuléia et Furia. En d'autres termes, l'obligation du fidéjusseur était perpétuelle et passait à ses héritiers, par exclusion de toute idée de mandat; il n'avait aucun recours contre ses cofidéjusseurs (*Inst.*, p. 2, *hic.*; f. 39, *Dig.*, 46-1).

De plus, si l'on suppose plusieurs *fidejussores* pour la même dette, et qu'ils ne se soient pas obligés seulement *pro partibus*, chacun d'eux doit la totalité, *singuli in solidum tenentur*. Il n'est pas besoin d'une clause expresse pour autoriser cette rigueur; car elle résulte naturellement de leur réponse, puisqu'ils ont promis la même prestation que l'obligé proprement dit, *idem fidejubes? fidejubeo*. Le créancier peut à son choix diviser sa créance entre le débiteur et le fidéjusseur, ou demander le tout, soit à l'un des deux, soit à qui bon lui semble parmi les cofidéjusseurs, quand il y en a plusieurs; car il n'y a nulle différence d'efficacité entre l'obligation principale et les obligations accessoires. Seulement, quand le créancier a fait *litiscontestatio* avec un de ces coobligés, son droit contre les autres est épuisé, dans la mesure de la demande; il supporte donc l'insolvabilité du débiteur poursuivi. Cet effet extinctif ne touche d'ailleurs qu'à l'action personnelle du créancier, et ne concerne point ses actions hypothécaires, s'il en a; car l'objet n'en est pas le même (*Inst.*, p. 4, *hic*; f. 13, p. 4, *Dig.*, 20-1; C. 9, C. 16, *Cod.*, 8-40).

C'est à cette condition originaire et dure des fidéjusseurs que des tempéraments successifs furent apportés, sous la forme et par le moyen de trois bénéfices de droit.

312. Bénéfice de cession d'actions. — Le *beneficium cedendarum actionum* est le plus ancien dans l'ordre chronologique. Organisé par la jurisprudence, il oblige le créancier que paye le fidéjusseur, à lui céder ses actions dont il n'a plus besoin.

Conditions d'exercice. — Pour obtenir ce bénéfice, le fidéjusseur doit offrir au créancier le montant intégral de la dette; si même

il prétend à la cession d'une action hypothécaire, et que l'hypothèque garantisse une autre obligation, il sera forcé d'acquitter cette dernière, outre la sienne (C. 2, 11, *Cod.*, 8-40).

L'exception de dol est l'arme pratique dont use le fidéjusseur pour exiger la cession, si le créancier ne l'accorde pas à l'amiable en le poursuivant. Dans le détail, et notamment à l'égard des trois différences précédemment signalées entre les débiteurs corréaux et les débiteurs solidaires, il subit les règles de la corréalité ; cette décision, fertile en résultats, tient au caractère unilatéral et *stricti juris* de la fidéjussion (*suprà*, n° 305).

Avantages. — L'avantage de la cession est triple pour le fidéjusseur : 1° à l'action de mandat, dont il est investi par le droit commun pour recourir contre le débiteur principal, il peut substituer l'action du créancier, s'il y trouve intérêt ; tel le cas où la créance est susceptible de croître au double par l'*infitiatio* du défendeur ; 2° la cession lui donne contre les cofidéjusseurs qu'il a peut-être, un recours qui lui manque de son chef ; 3° il est maître d'exercer les droits de gage et d'hypothèque qui appartenaient au créancier, et s'en prévaut utilement à l'encontre des tiers détenteurs ou des autres créanciers du débiteur qu'il a garanti ; ces *actiones hypothecariæ* sont même les seules dont la cession reste possible après la *litiscontestatio* intervenue sur la fidéjussion (f. 39, *Dig.*, 46-1 ; C. 14, *Cod.*, 8-40).

313. **Bénéfice de division.** — La cession d'actions n'était qu'une ressource illusoire pour le fidéjusseur qui avait payé la dette, dans le cas d'insolvabilité du débiteur principal et des *cofidejussores*. En outre, elle exigeait une avance de fonds parfois gênante. Aussi l'empereur Adrien imprima-t-il un progrès sensible à la théorie de la fidéjussion, en créant le *beneficium divisionis*, par un célèbre rescrit appelé *Epistola divi Adriani*.

Comparaison avec la loi Furia. — Le bénéfice de division est analogue, mais non identique, à la protection que trouvent dans la loi Furia les *sponsores et fidepromissores*. Imaginé pour les fidéjusseurs, il fut probablement étendu par la jurisprudence à ceux des autres *adpromissores* qui s'engageaient hors de l'Italie.

Deux graves différences de nature et d'effets le distinguent de la loi Furia : 1° la division ne se fait, par portions viriles, qu'entre les cofidéjusseurs solvables au jour de la *litiscontestatio* ; ils supportent donc, jusqu'à la première poursuite, les risques de leur

insolvabilité respective, qui ne pèsent pas sur le créancier; 2° la division n'a pas lieu de plein droit, et le fidéjusseur poursuivi doit, lorsque le créancier s'y refuse, l'invoquer par la voie de l'exception *si non et illi solvendo sint*. En conséquence et d'une part, le créancier qui demande le tout ne commet pas une *plus petitio*; d'autre part, si le fidéjusseur poursuivi laisse délivrer une formule pure et simple, il est régulièrement condamné *in solidum*. De même, le payement du tout, qu'il ferait par erreur, ne lui donnerait pas la *conditio indebiti* pour ce qui excède sa fraction (*Gaïus*, III, 121; f. 49, p. 1, *Dig.*, 46-1; C. 3, *Cod.*, 8-41; *Inst.*, p. 4, *hic*).

Conditions d'exercice. — Le bénéfice de division n'est invocable qu'entre cofidéjusseurs, c'est-à-dire entre les personnes engagées pour la même dette du même débiteur, eussent-elles promis en des lieux et des temps divers, et sous des modalités différentes. Il ne l'est donc pas entre les fidéjusseurs donnés séparément par deux *correi promittendi*, entre le fidéjusseur principal et le sous-fidéjusseur. A l'inverse et par exception, lorsqu'un mineur de vingt-cinq ans, devenu fidéjusseur après coup, a obtenu la *restitutio in integrum*, l'autre n'est pas admis à demander la division; car il ne devait pas y compter (f. 27, p. 4; f. 48, p. 1; f. 51, p. 2, *Dig.*, 46-1).

Déchéance et renonciation. — Le bénéfice de division est refusé généralement au fidéjusseur qui a commencé par nier sa promesse, et spécialement au fidéjusseur d'un tuteur; le premier subit une déchéance, le second souffre d'une faveur faite au pupille, *qui non ipse contraxit* (f. 10, p. 1, *Dig.*, 46-1; f. 12, *Dig.*, 46-6).

Le fidéjusseur peut enfin renoncer expressément ou tacitement à la division; par exemple, sa renonciation est tacite, quand il s'engage sciemment avec un cofidéjusseur investi d'une exception perpétuelle. Le bénéfice *cedendarum actionum* lui reste alors ouvert, mais laisse naturellement à sa charge les risques de l'insolvabilité du débiteur principal et des cofidéjusseurs postérieure à la *litis-contestatio*, tandis qu'en invoquant le rescrit d'Adrien, il les eût fait peser sur le créancier. Comme ces deux bénéfices ne se cumulent jamais, c'est au fidéjusseur de reconnaître et de choisir le plus avantageux dans chaque cas. En général, la division sera préférable; mais il vaudrait mieux recourir à la cession d'actions, si le débiteur principal se trouvait insolvable et que l'obligation fût garantie par des hypothèques suffisantes (f. 48, *Dig.*, 46-1; C. 14, *Cod.*, 8-41).

314. Innovation de Justinien et bénéfice de discussion. — Justinien applique aux fidéjusseurs, comme aux codébiteurs corréaux en général, la règle que le droit du créancier ne sera plus éteint par la demande dirigée contre l'un des coobligés; lorsqu'une première action n'aboutit pas au payement intégral, la poursuite demeure possible envers tous jusqu'à parfaite satisfaction. Cette suppression de l'effet extinctif de la *litiscontestatio* date de l'année 531 (C. 28, *Cod.*, 8-41).

Quatre ans plus tard, en 535, Justinien reconnut enfin le caractère essentiellement subsidiaire de la fidéjussion. En effet, le fidéjusseur put désormais refuser le payement et se dérober à l'action du créancier, tant que le débiteur principal n'avait pas été poursuivi, et que son insolvabilité n'avait pas été constatée par la vente préalable ou *discussion* de ses biens. C'est le *beneficium ordinis vel discussionis*. Le bénéfice de discussion doit faire l'objet d'une demande expresse, probablement avant toutes défenses au fond. Quand le débiteur principal est absent, le fidéjusseur s'engage à procurer sa comparution dans un délai marqué par le juge, sous peine de subir lui-même l'action. Une fois la discussion demandée, le créancier répond de sa négligence ; car s'il laisse par ses lenteurs le débiteur principal devenir insolvable, il en supportera le préjudice et ne pourra se venger sur le fidéjusseur (Nov. 4, cap. 1).

D'après Justinien, le *beneficium discussionis* n'est pas une institution nouvelle, mais la résurrection d'un très-ancien usage tombé plus tard en désuétude. Sans repousser absolument cette assertion, on doit constater le silence des jurisconsultes de la grande époque. Il est seulement hors de doute que, depuis Dioclétien, les cautions engagées pour les débiteurs du fisc jouissaient d'une prérogative tout à fait identique au bénéfice de discussion. Hormis ce cas unique, les fidéjusseurs étaient forcés de remédier à l'oubli de la loi par des conventions spéciales, dont les plus importantes feront l'objet d'explications prochaines (Nov. 4, *præfat.*; C. 4, *Cod.*, 4-15 ; *infrà*, n° 315).

De ces trois secours organisés par la loi romaine dans l'intérêt des fidéjusseurs, aucun n'a disparu. Les bénéfices de discussion et de division tiennent une place importante dans notre Code civil, et le bénéfice de cession d'actions s'y retrouve sous le nom du payement avec subrogation (Cod. civ., art. 2021-2027 ; art. 1249-1252).

315. **Fidejussio indemnitatis.** — Il arrive parfois qu'un fidéjusseur, au lieu de promettre la totalité ou telle fraction déterminée de l'obligation principale, s'engage uniquement à payer au créancier ce qu'il ne pourra obtenir du débiteur. La formule sera, par exemple : *quantò minùs a Titio consecutus fuero, tantum dare spondes?* Le fidéjusseur ne sait alors, ni s'il devra, ni ce qu'il devra ; le créancier est certain seulement de ne rien perdre, puisque une indemnité le dédommagera, le cas échéant, de l'insolvabilité du *reus*. De là vient le nom de *fidejussio indemnitatis* (f. 150, *Dig.*, 50-16 ; C. 2, *Cod.* 5-57).

Dans la doctrine prédominante, l'obligation du *fidejussor indemnitatis* est subordonnée à la condition que le *reus* n'aura pas les moyens de s'acquitter. De là résulte que le créancier est tenu de poursuivre d'abord le débiteur principal, qu'en le poursuivant il ne consomme pas son action contre le fidéjusseur, et que, s'il donne par ses retards au *reus* le temps de devenir insolvable, le préjudice en pèse sur lui seul, non sur le fidéjusseur. Les deux premières conséquences de la *fidejussio indemnitatis* rentrent dans le droit commun sous Justinien ; mais il est probable qu'elle conserve toujours sa troisième utilité spéciale (f. 116, *Dig.*, 45-1 ; f. 41, *Dig.*, 46-1 ; f. 21, *Dig.*, 46-3, C. 2, *Cod.*, 5-57).

CHAPITRE XVIII

DIVISION DES STIPULATIONS

(*Inst.*, III., t. XVIII.)

316. On sait que le droit romain oppose, aux obligations civiles ou consacrées par un acte législatif, les obligations honoraires ou consacrées par le magistrat. Or, les obligations honoraires sont presque toutes prétoriennes, et l'on peut considérer ces deux expressions comme synonymes.

Deux voies sont ouvertes au magistrat pour créer une obligation. Tantôt il lui donne lui-même l'existence et la munit sans détour d'une action ; c'est lorsqu'il veut attacher une sanction juridique à un fait accompli. Tantôt il contraint une personne à s'engager envers une autre par le contrat de stipulation, et le lien est alors civil dans sa forme et dans ses effets ; c'est lorsqu'il s'agit de prévenir un dommage éventuel. Le choix du magistrat

n'est donc pas arbitraire entre ces deux méthodes (f. 27, p. 10, *Dig.*, 9-2).

La première est employée par le préteur, soit pour étendre, améliorer ou modifier une ancienne action civile, qu'on appellera désormais *utilis* dans sa nouvelle application, soit pour combler une lacune et créer de toutes pièces, en l'absence d'une action civile, une véritable action prétorienne qui sera directe et toujours *concepta in factum*. Ni l'un ni l'autre de ces deux usages n'a sa place dans la théorie de la stipulation. Les *actiones utiles*, par leur origine et par leur résultat, les *actiones conceptæ in factum*, par le détail de la procédure et de la formule, appartiennent à la matière générale des actions, et c'est là qu'il en sera traité.

L'étude de la seconde méthode, au contraire, se confond avec celle des stipulations qualifiées de prétoriennes, et conduit à la célèbre classification des stipulations que proposent le jurisconsulte Pomponius et l'empereur Justinien (f. 5, *Dig.*, 45-1; *Inst.*, pr. *hic*).

317. **Division empruntée aux Institutes.** — Ils distinguent quatre classes de stipulations : 1° les *stipulationes conventionales* ou spontanées, qui dérivent de l'initiative et de la volonté des parties ; 2° les *stipulationes judiciales* ou judiciaires, que le juge impose dans le cours d'une instance, par exemple les promesses *de dolo* et *de persequendo servo restituendove pretio;* 3° les *stipulationes prætoriæ* ou prétoriennes, qu'ordonne le magistrat lui-même, tantôt au début d'une instance, notamment la *cautio judicatum solvi*, tantôt en dehors de tout procès, comme les promesses *damni infecti vel legatorum ;* 4° les *stipulationes communes*, qui interviennent ordinairement sur l'ordre du magistrat, accidentellement sur l'ordre du juge; telle est la *cautio rem pupilli salvam fore* (*Inst.*, p. 1, 2, 3, 4, *hic*).

Cette classification, quadruple en apparence, ne contient réellement que deux espèces de stipulations, les unes libres, les autres imposées. Il n'y a rien à dire des premières, sinon qu'elles sont multiples et variées comme les intérêts et les circonstances.

Quant aux stipulations imposées, les Institutes les subdivisent à tort en *prætoriæ*, *judiciales*, *communes;* cette symétrie n'est que superficielle et n'a rien de scientifique. Dans un tel système, en effet, une même promesse, appliquée aux mêmes besoins et pourvue de la même sanction, devient parfois *prætoria*, parfois *judi-*

cialis, puisqu'elle emprunte sa dénomination à l'autorité variable qui l'ordonne, et qu'elle reçoit sa marque juridique d'un fait accidentel.

318. **Division véritable.** — En laissant de côté les *stipulationes conventionales*, on peut rattacher à deux grandes classes les stipulations imposées.

Il en est qui ont pour source le pouvoir réglementaire et législatif du magistrat. Le préteur ou l'édile les organise, non en vue de telle hypothèse donnée, mais par une disposition générale et pour l'avenir ; il en fixe d'avance les cas d'application et la formule d'emploi. En un mot, elles constituent pour ainsi dire des articles de son Édit. Qu'elles soient ensuite ordonnées, en vertu de ce texte, par le magistrat, par le juge, ou même pratiquées à l'amiable par les intéressés, il n'importe ; ce sont les stipulations honoraires ou prétoriennes, créatrices de véritables droits.

Il en est d'autres qui dérivent simplement des nécessités d'un fait. L'Édit ne les propose pas ; mais elles fournissent un procédé commode pour attacher une sanction certaine à des situations constatées. Elles ne créent pas de nouveaux droits ; elles sont plutôt la conséquence de droits préexistants, dont elles assurent les effets. Intervenues au cours d'une instance, sur l'ordre du magistrat ou du juge, elles méritent indistinctement le nom de stipulations judiciaires, et surgissent de place en place dans la théorie générale des actions qui les occasionnent. Il ne saurait donc être question de leur consacrer une théorie spéciale.

Les stipulations honoraires ou prétoriennes, c'est-à-dire proposées dans l'Édit, relèvent au contraire d'un ensemble de règles, et forment un corps distinct dans l'étude de la loi romaine. Elles ont pour objet, tantôt de faciliter le fonctionnement de la justice, tantôt d'engendrer des actions en dehors du droit civil ; Ulpien les subdivise à ce point de vue (f. 1 pr., p. 1-3, *Dig.*, 46-5).

Elles consistent quelquefois dans une simple promesse personnelle, *nuda repromissio ;* plus souvent elles nécessitent l'intervention d'un fidéjusseur, *satisdatio*. Il y en a qui présentent, suivant les circonstances, l'un ou l'autre de ces deux caractères.

En général, elles contiennent la *clausula doli*, promesse qui rend le débiteur expressément responsable de son dol, et facilite la compensation. Organisées dans l'Édit, elles ne sauraient être modifiées par l'une des parties, sans l'assentiment de l'autre ; le magistrat

seul a compétence pour trancher les difficultés qui s'élèvent sur les termes, le sens ou la portée de ces stipulations dont il est l'auteur. Par conséquent, lorsqu'elles exigent une *satisdatio*, nulle autre garantie ne peut la remplacer. Enfin le *procurator*, c'est-à-dire le mandataire ou gérant d'affaires, est toujours admis à faire ces stipulations, et l'action *ex stipulatu* qui naît alors en sa personne sera facilement, après enquête, ouverte au véritable intéressé.

La sanction de ces promesses n'est pas uniforme, et chacune produit ses effets particuliers, qui se révéleront avec les diverses hypothèses, dans l'étude des actions. La seule qui réclame ici quelques détails est la *cautio damni infecti*.

318 *bis*. **Du damnum infectum.** — Le *damnum infectum* est le dommage encore éventuel ; la *cautio damni infecti* est l'engagement pris d'avance de le réparer. L'équité du préteur corrige ainsi deux hypothèses qui resteraient sans remède sérieux dans le pur droit civil.

Première hypothèse. — L'une des deux applications de la *cautio damni infecti* est assez rare et peu connue. C'est le cas où l'éventualité du dommage résulte d'un droit réel qu'il s'agit d'exercer sur mon fonds; par exemple, un tiers veut y pénétrer pour la confection de travaux nécessaires à la servitude que je lui ai consentie, ou en retirer des objets qui lui appartiennent, etc. Le préteur ne lui permet pas de me refuser une juste garantie, sous prétexte que son droit réel ne l'oblige à rien; il doit donc me fournir la *cautio damni infecti* (f. 9, p. 3; f. 30, *Dig.*, 39-2).

Seconde hypothèse. — Le second cas suppose un fonds qui menace de nuire au fonds voisin, soit par une cause naturelle, éboulement de terrain, chute d'un arbre, soit par une cause humaine, travaux que le maître se propose d'y entreprendre, destination incommode ou mauvais état de constructions, etc. (f. 24, p. 7 ; f 39, pr., *Dig.*, 39-2).

La faculté d'exiger la *cautio* n'appartient qu'au propriétaire menacé, aux détenteurs responsables de la garde de la chose, et par extension à l'usufruitier, au superficiaire, au gagiste ; encore faut-il que le droit commun ne leur assure pas une action en indemnité. La même faveur ne fut jamais accordée au possesseur de bonne foi (f. 11 ; f. 13, p. 8-9; f. 18 pr., p. 4 ; f. 32, *Dig.*, 39-2).

L'obligation de fournir la *cautio* ne pèse que sur le propriétaire

du fonds qui menace, ou sur le possesseur quand la propriété n'est pas certaine (f. 39, p. 1, *Dig.*, 39-2).

Le droit s'exerce indistinctement, à cause de l'urgence, devant le préteur lui-même ou devant les magistrats municipaux. Le demandeur doit ordinairement *jurare de calumniâ*, c'est-à-dire faire serment qu'il n'agit point dans un esprit de chicane ou de taquinerie. La *cautio* consiste en une simple promesse, à moins que le promettant n'y figure sans y être obligé par l'édit, et pour le compte d'autrui; ainsi l'usufruitier et le gagiste, entre autres, devraient fournir des fidéjusseurs, *satisdare* (f. 1; f. 10; f. 13, p. 3; f. 15, p. 25, *Dig.*, 39-2).

La *cautio* fixe toujours un terme qui en doit éteindre l'effet, sauf à la renouveler si le besoin persiste. Une autre clause constante exprime la transmissibilité des obligations ou droits des parties à leurs ayants cause quelconques, universels ou même à titre particulier (f. 13, p. 15; f. 24, p. 1, *Dig.*, 39-2).

Si la *cautio damni infecti* est refusée, une sanction énergique s'attache à l'ordre du magistrat. Un premier décret envoie le demandeur en détention de tout ou partie de l'immeuble qui menace; cette mesure, purement conservatoire, ne le met point à même d'usucaper, ni d'expulser le propriétaire récalcitrant; elle l'autorise seulement à prévenir le dommage, et cesse dès l'instant que la *cautio* est fournie et que ses frais légitimes sont remboursés au *missus in possessionem*. Mais quand la résistance se prolonge, après un délai variable, le magistrat rend sur examen des circonstances un second décret plus grave; il a pour effet de clore définitivement le débat, en attribuant la possession proprement dite au *missus*, qui se trouve dès lors *in causâ usucapiendi*, malgré l'offre tardive d'une sûreté quelconque (f. 15, p. 11, 16, 20-23, 30, 31, 33; *Dig.*, 39-2).

APPENDICE.

CONTRATS VERBAUX AUTRES QUE LA STIPULATION.

319. La stipulation était à Rome le plus important des contrats verbaux, mais non le seul. Les textes signalent, en effet, deux autres façons de s'obliger par la parole; ce sont la *dictio dotis* et la *jurata promissio liberti*. Elles ne s'appliquent qu'à des hypothèses spéciales, entre personnes limitativement déterminées.

Dictio dotis. — La *dictio dotis* est l'un des trois modes classiques de constitution de la dot, et rentre par conséquent dans la théorie générale qui en sera présentée plus loin. Pour des motifs inconnus, elle ne peut émaner que de la femme, de son débiteur, ou de l'ascendant qui l'a *in patriâ potestate*. Le constituant prononce, sans question préalable ni réponse ultérieure du mari, des paroles solennelles dont la formule est probablement : *fundus ille tibi doti erit, decem talenta tibi doti erunt*, etc. (Ulpien, VI).

La *dotis dictio* n'existe plus sous Justinien ; elle est tombée en désuétude, du jour où Valentinien et Théodose, en 428, ont déclaré obligatoire le simple pacte de constitution de dot (C..6, *Cod.*, 5-11).

Jurata promissio liberti. — Un maître, en affranchissant son esclave, veut se réserver le droit de lui demander certains services, *operæ*. Avant la manumission, il ne saurait se former entre eux aucun lien de créance, puisque l'esclave est incapable de s'obliger civilement; après la manumission, l'esclave devenu libre refusera peut-être de s'engager. On tourne la difficulté d'une curieuse façon. La conscience de l'esclave est enchaînée d'abord au point de vue religieux, par un serment qu'il prête de fournir des *operæ;* puis le maître accomplit la manumission, et l'affranchi transforme sa dette morale en une dette civile, par un serment nouveau qu'il n'a pas sans doute l'indélicatesse de refuser. Ainsi le premier serment, dépourvu en lui-même de sanction juridique, sert de cause au second, qui forme le contrat et produit une action. Tel est du moins le droit classique (f. 44, pr., *Dig.*, 40-12).

Cette *jurata promissio* n'exige non plus ni question préalable ni réponse ultérieure du patron ; on doit seulement l'articuler de vive voix, sans paroles solennelles. Ouverte aux affranchis, même impubères, elle n'est accessible à nulle autre personne. Elle n'engendre aucun effet, lorsque l'affranchissement concerne un *liber in servitute*, ou qu'il intervient, non sur la volonté spontanée du maître, mais en exécution d'une obligation préexistante, notamment d'un fidéicommis (f. 7, p. 4-5, *Dig.*, 38-1 ; f. 44, p. 2, *Dig.*, 40 12).

Contre l'opinion de plusieurs auteurs, on peut croire que la *jurata promissio liberti* avait encore une existence nominale dans le droit de Justinien ; car il en est question maintes fois au Digeste. Mais elle avait dû perdre toute utilité pratique, remplacée qu'elle était par la stipulation proprement dite ou par l'action de dol.

Remarque. — Puisque la *dictio dotis* et la *jurata promissio liberti* sont des contrats verbaux, il faut les soumettre, en thèse générale, aux règles de la stipulation. Ainsi l'*adpromissio*, l'*acceptilatio* leur sont applicables sans aucun doute, et l'action qui les protége est une *condictio*.

CHAPITRE XIX

CONTRAT *LITTERIS*.

(*Inst.* III, t. XXI.)

Le contrat *litteris* des anciens Romains n'est plus connu sous Justinien ; le Digeste et le Code y font rarement allusion, et les Institutes en proclament l'abandon. Quelques passages de Cicéron, cinq ou six phrases concises de Gaïus, une ligne des Fragments du Vatican, c'est là toute la part qui lui est laissée dans les sources classiques et juridiques. La théorie en est pourtant reconstruite à peu près.

§ I

Contrat litteris entre Romains.

320. Chez les Romains, peuple essentiellement juridique, ce devint une habitude nationale, dès que l'écriture fut répandue, de tenir des registres domestiques, où chaque chef de famille mentionnait tous les événements relatifs à son patrimoine. Le citoyen les inscrivait d'abord, sans ordre méthodique et jour par jour, sur les *adversaria*, sorte de brouillon ou livre-journal ; à la fin du mois, il les transportait sur le livre régulier, *codex* ou *tabulæ*, divisé sans doute en recettes et dépenses, *acceptum*, *expensum*.

Le *codex* avait une haute importance, même politique. Il servait de base à l'appréciation des fortunes, et par conséquent à la répartition des citoyens dans les classes diverses de Servius Tullius. L'usage en était général ; Cicéron qualifie de *novum et ridiculum* l'allégation qu'un Romain s'en est dispensé, et son respect va même jusqu'à marquer ces *tabulæ* d'un caractère presque religieux (*Pro Roscio*, orat. 3, 2).

Il résulte de là que le *codex*, à la différence des *adversaria*, pouvait faire preuve en justice, même au profit de son auteur. Dans le cas de désaccord entre les *tabulæ* de deux adversaires, au juge re-

venait le soin d'en établir la balance; il était d'ailleurs libre de chercher ailleurs la lumière. Les inscriptions portées sur le *codex* à titre simplement probatoire se nommaient *arcaria nomina;* elles n'avaient rien de commun avec le contrat littéral.

321. **Formation de ce contrat.** — Quels sont donc les éléments qui font des écritures du *codex*, non plus seulement la preuve, mais la source et la cause d'une obligation?

Le consentement et la capacité jouent dans le contrat *litteris* le même rôle qu'en tous les autres. Mais il est soumis à des conditions spéciales de forme et d'objet.

De sa forme. — Pour sa forme, ce contrat suppose deux mentions inscrites par le sujet actif sur son *codex*, à l'exclusion de tout autre livre ou de feuilles volantes. Elles constatent deux numérations fictives, l'une faite au créancier pour éteindre une créance réelle ou imaginaire, l'autre faite par le créancier, en qualité de prêt, à un débiteur ancien ou nouveau. La première de ces mentions est l'*acceptum*, la seconde l'*expensum*. Aucune écriture corrélative n'est requise sur le registre du débiteur. Sans doute, s'il est honnête et tient régulièrement ses propres *tabulæ*, l'opération s'y trouvera mentionnée. Mais en fût-il autrement, le contrat ne resterait pas moins parfait, et la preuve seule en deviendrait plus difficile; car un doute surgirait, et le créancier devrait alors établir qu'il a porté l'inscription sur son livre avec le consentement du débiteur. Dans l'usage, on évitait ces contestations en faisant intervenir des témoins, *pararii* (*Gaïus*, III, 138; Cicéron, *De offic.*, III, 14; *Pro Roscio*, 3).

De son objet. — Par son objet, le contrat *litteris* se confond avec le *mutuum* d'argent, dont il est le simulacre. En effet, dans tous les textes de Gaïus, l'*expensum*, c'est-à-dire la valeur qui correspond à l'*acceptum* et qui a la même nature, est invariablement pécuniaire; quand le jurisconsulte signale la possibilité de convertir une obligation préexistante en obligation littérale, c'est toujours la dette d'un acheteur ou d'un locataire, jamais d'un vendeur ou d'un bailleur, qu'il cite pour exemple. On rencontre ici la preuve nouvelle de la tendance des Romains au symbolisme. Car leur contrat *litteris* n'est au fond que l'image et la supposition d'un *mutuum pecuniæ numeratæ*, dont les deniers sont réputés provenir d'un remboursement antérieur qui n'a rien de plus réel. En dernière analyse, il n'y faut voir que le résultat convenu

d'une double numération d'espèces et qu'un prêt fictif d'argent.

Parallèle avec la stipulation. — Cet objet et cette forme ou *causa civilis* expliquent tant bien que mal le nom qu'il a reçu des interprètes, *expensilatio* (*expensum ferre*). Les Romains le mettent souvent sur la même ligne que la stipulation; comme elle, en effet, il est solennel, unilatéral, de droit strict, et donne naissance à une dette rigoureusement indépendante des causes qui ont pu déterminer en réalité le consentement. Mais l'*expensilatio* diffère de la stipulation sur quelques points : 1° le contrat *litteris* exclut la condition expresse; car il est la supposition d'un fait matériel de numération tenu pour accompli; 2° l'obligation qui en résulte a toujours pour objet une somme d'argent déterminée, par conséquent est divisible de sa nature, et produit nécessairement une *condictio certæ pecuniæ ;* 3° on peut obliger envers soi par l'écriture les absents, les muets, les sourds, malgré leur incapacité de prendre part à la stipulation. Mais, en sens contraire, les pérégrins et les personnes *alieni juris* ne sauraient par ce moyen acquérir de créance pour eux-mêmes ou pour le *paterfamilias*, puisqu'ils n'ont pas de *codex* (*Fragm. Vat.*, 329; *Gaïus*, III, 138 ; Cicéron, *Pro Cœlio*, 7 ; *Pro Roscio*, 4-5).

322. **Utilités de ce contrat.** — L'utilité ou la fonction de l'*expensilatio* est double.

Tantôt, en l'absence de tout rapport de droit préexistant, le contrat *litteris* sert à créer une obligation originaire; par exemple, je vous fais une donation, je vous ouvre un crédit, en vous permettant de porter un *expensum* à mon compte sur votre *codex*.

Tantôt, identique ou pareil à la novation, il remplace une obligation nouvelle. C'est ici le plus ordinaire de ses rôles, et l'usage en a tiré son nom le plus classique et le plus habituel ; Gaïus l'appelle *transcriptio*, et qualifie les créances qui en découlent de *nomina transcriptitia*. Or la *transcriptio* s'opère de deux façons : 1° Il y a *transcriptio à re in personam*, lorsque, du gré de mon débiteur, je porte sur mon livre comme *acceptum* et puis *expensum* l'argent qu'il me doit pour une cause quelconque, achat, louage, société, *mutuum*. J'y trouve l'avantage de transformer les trois premiers contrats, qui sont de bonne foi, en un contrat *litteris*, qui est de droit strict. Quant à la conversion du *mutuum*, elle me dispense de prouver que les deniers par moi livrés m'appartenaient, et montre que la fiction du prêt n'en exclut pas nécessairement la réalité. 2° Il y a *transcriptio à personâ in personam*, lorsque de votre

assentiment, je porte sur mon livre, comme *acceptum* et puis *expensum* à votre profit, la somme due par mon débiteur qui vous délègue.

Deux personnes sont mises en jeu dans le premier cas, trois dans le second ; mais dans l'un et dans l'autre, une dette nouvelle remplace une ancienne dette éteinte de plein droit (*Gaïus*, III, 128-130 ; Cicéron, *de Offic.*, III, 14).

§ II

Contrat litteris à l'égard des pérégrins.

323. De même que la stipulation, primitivement inaccessible aux pérégrins, avait fini par les embrasser dans le vaste cercle de son application pratique, de même participèrent-ils jamais au contrat *litteris ?* On sait déjà que sa forme le rendait forcément impropre à leur acquérir des créances ; car ils n'avaient pas de *codex*. Bien qu'on ne pût leur y refuser le rôle de débiteur pour cette seule raison, ils furent toujours exclus de la *transcriptio à personâ in personam*. Sur la *transcriptio à re in personam*, Gaïus constate, entre les Sabiniens et les Proculiens, une dissidence qu'il ne tranche pas. La question ne concerne d'ailleurs que les pérégrins proprement dits ; les Latins, tout au moins les *Latini veteres*, s'obligeaient *litteris* (*Gaïus*, III, 133 ; *Tite-Liv.*, XXXV, 7).

Mais bien avant l'existence des deux écoles de jurisconsultes, les pérégrins faisaient usage de deux sortes d'écrits, qui remplaçaient pour eux l'*expensilatio*. Ce sont les *syngraphæ* et les *chirographa ;* ici l'écriture, au lieu d'émaner du créancier, est l'œuvre du débiteur, et se présente sur des feuilles volantes ou billets séparés. Le *syngrapha*, plus antique, et souvent mentionné dans les vieux auteurs latins, se rédige en double et porte la signature des deux parties : le *chirographum* n'est signé que du débiteur et reste dans les mains du créancier.

Malgré de vives discussions encore pendantes, il est probable que ces deux sortes d'écrits produisent par eux-mêmes l'obligation, et ne servent pas seulement à la prouver. Cette solution paraît surtout vraisemblable à l'égard du *syngrapha*. Il est certain, du reste, que les Romains les introduisirent l'un et l'autre dans leurs mœurs, comme moyens de preuve (*Gaïus*, III, 134 ; *Dig.*, 22-3).

§ III

Contrat litteris dans le droit de Justinien.

324. L'usage du *codex* avait disparu longtemps avant Justinien, et l'ancien contrat *litteris* ne pouvait lui survivre. Mais un nouveau contrat de même nom n'en a-t-il pas pris la place? Les Institutes semblent bien l'affirmer, *fit ut hodiè scripturâ obligetur* (pr. *hic*).

Supposons que Primus, en prêtant de l'argent à Secundus, exige de l'emprunteur une reconnaissance écrite, *instrumentum*, *cautio*. L'acte générateur de sa créance, ce n'est pas l'écrit, c'est le prêt qui s'y trouve constaté. S'il advient ensuite que Secundus nie sa dette, la preuve sera naturellement à sa charge; car il a contre lui sa reconnaissance du fait obligatoire (f. 25, p. 4, *Dig.*, 22-3).

Qu'on suppose à présent Secundus tenu d'une obligation, soit *verbis*, soit *litteris*, qu'il a contractée envers Primus au moment et pour la confirmation d'un *mutuum*. La cause de sa dette est alors, en fait dans le prêt, en droit dans la stipulation ou dans le contrat littéral. Seulement la jurisprudence et le préteur, si le prêt n'a pas eu lieu, concèdent une exception au débiteur ainsi trompé. Mais quand il invoque cette ressource et conteste la réalité du versement dont l'espoir l'a déterminé à s'engager, sur qui retombe la preuve? Sur lui, car c'est au défendeur à justifier de ses exceptions, *reus in excipiendo fit actor* (f. 1, *Dig.*, 44-1).

Par le rapprochement de ces deux hypothèses, on voit que l'existence d'un écrit, soit probatoire, soit obligatoire, impose également, en principe, le fardeau de la preuve au débiteur qui nie. A ce point de vue, *codex*, *chirographum* et *cautio* tendent à se mélanger pour des esprits superficiels.

Exception non numeratæ pecuniæ. — Une raison plus forte encore de confusion, c'est l'application qui leur fut indistinctement faite d'une règle dérogatoire au droit commun. Les empereurs du troisième siècle rejettent sur le créancier, seulement en matière de prêt d'argent, le devoir d'établir la numération des espèces. Que le débiteur soit obligé par l'effet d'un *mutuum* constaté dans un écrit probatoire, ou par l'effet d'un contrat, soit *verbis*, soit *litteris* si l'on en use encore, adjoint à un *mutuum*, il peut dans les deux cas, sans aucune différence, contester le versement des deniers par l'exception *non numeratæ pecuniæ*, et dans les deux cas le créancier

se verra forcé de prouver la réalité du prêt. Cette exception célèbre, qu'on retrouvera plus tard, n'est d'ailleurs invocable que dans les cinq ans, et depuis Justinien dans les deux ans qui suivent la rédaction du billet ou la formation du contrat adjoint au *mutuum*. Durant ce délai, le débiteur peut mettre son adversaire en demeure de démontrer la numération des espèces, et s'il n'y réussit pas, de lui restituer le billet ou de lui faire acceptilation de la dette contractée sans cause. Mais après ce terme légal, le silence de l'intéressé a pris la valeur d'un aveu décisif, la présomption de réalité du prêt exclut toute preuve contraire, et le débiteur est irrévocablement obligé (*Cod.*, 4-30).

En somme, dans le droit de Justinien, l'expiration du délai de deux ans produit un effet définitif. Car de deux choses l'une : ou bien le contrat adjoint au *mutuum*, et qui est toujours à cette époque la stipulation, recouvre la force que lui avait enlevée la présomption de l'inexistence du prêt ; le débiteur est alors tenu *ex stipulatu*. Ou bien, s'il n'y a eu qu'un simple billet, *instrumentum*, *cautio*, les assertions écrites en deviennent pour l'avenir inattaquables ; mais à quel titre alors le débiteur est-il tenu ? S'il fallait en croire Justinien, la dette proviendrait de l'écrit, et c'est ici que l'empereur aperçoit une sorte de contrat littéral, *scripturâ obligatur*. Mais il est visible que l'écrit ne peut à lui seul, après deux ans, sans consentement réciproque, constituer un contrat ; son unique rôle est donc de prouver, avec une force désormais invincible, le contrat préexistant de *mutuum*. Le terme de deux ans affecte la preuve du droit, mais n'en change pas l'origine. En conséquence, le débiteur est tenu *ex mutuo*.

La conclusion dernière, c'est qu'au temps de Justinien il n'y a plus d'obligation *litteris*. Les rédacteurs des Institutes eussent mieux fait d'abandonner la division quadruple des contrats, qui ne correspondait plus à la pratique de leur époque, ou d'y remplacer le fantôme du contrat littéral par la réalité vivante des contrats innommés.

CONTRATS RÉELS

CHAPITRE XX

DU *MUTUUM*.

(*Inst.* III, t. XIV, pr.)

325. Les contrats réels sont ceux qui se forment *re*, c'est-à-dire par une tradition ; dès lors ils portent tous sur des choses corporelles. Cette tradition est translative de propriété dans le *mutuum*, de possession dans le gage, de simple détention dans le commodat et le dépôt. Par un autre caractère, elle sépare nettement le *mutuum* du commodat, du dépôt et du gage ; car dans ces trois derniers, une fois réalisée, elle laisse une pleine liberté au consentement des parties ; mais, dans le premier, elle agit comme les paroles sur la stipulation, comme l'écriture sur le contrat littéral, et devient la mesure précise de l'obligation ; par exemple, après une tradition de dix *ex mutuo*, il ne peut être dû que dix, jamais onze ou neuf en principe. Enfin le commodat, le dépôt et le gage produisent tous une dette de corps certain et des actions *incertæ* et *bonæ fidei* ; du *mutuum*, au contraire, naissent une dette de genre et une action *certa stricti juris*.

Le *mutuum* occupe donc, sans contredit, une place à part dans la théorie des contrats réels, et s'oppose dans son isolement au groupe des trois autres.

§ I

Eléments constitutifs du mutuum.

Le *mutuum* est un contrat réel, nommé, unilatéral, de droit strict, où l'une des parties transfère la propriété d'une certaine quantité de choses fongibles à l'autre partie, qui s'engage à lui en rendre autant. C'est le *prêt de consommation* de notre Code civil (art. 1872 et suiv.).

Trois éléments sont nécessaires à la formation du *mutuum*.

326. A. **Translation de propriété.** — *Il faut une translation de propriété du prêteur à l'emprunteur ;* en d'autres termes, le *mutuum* suppose une *datio*, qui se réalise par les modes d'acquérir de droit commun. Le *tradens* devra donc en faire preuve, quand il pour-

suivra son remboursement. De là l'usage d'adjoindre au *mutuum* une stipulation qui a pour objet la valeur prêtée; il n'y a pas alors coexistence de deux contrats, ni transformation du *mutuum* en stipulation par l'effet d'une novation; car il faudrait dans l'un ou l'autre cas prouver la dation, ce qu'on veut éviter. Il ne survit dès le début qu'un seul contrat formé *verbis*, qui a pour cause la translation de propriété (f. 6, p. 1; f. 7, *Dig.*, 46-2).

Par une suite inévitable de cette première condition, il est nécessaire que le *tradens* puisse aliéner. Des hypothèses intéressantes prennent ici naissance.

1° Le *tradens* n'est pas propriétaire, ni fondé de pouvoirs du propriétaire. Alors le *mutuum* est nul et ne produit aucune action contractuelle. Mais si l'*accipiens* détient encore les deniers en nature, ou les a consommés de mauvaise foi, le droit commun le rend passible de la revendication ou de l'action *ad exhibendum* au profit du *dominus*. S'il les a consommés de bonne foi, il est tenu envers le *tradens* d'une *condictio sinè causâ*, qui n'a d'autre source que son enrichissement. Du reste, le *tradens* sera lui-même obligé de céder au *dominus* cette action ou ce qu'il en aura retiré; sinon, il ferait un gain inexplicable aux dépens d'autrui (f. 11, p. 2; f. 12, *Dig.*, 12-1).

2° Le *tradens* est incapable d'aliéner, comme le pupille. La nullité du *mutuum* ne fait non plus aucun doute; seulement, en vertu de règles déjà posées dans la théorie de la tutelle, on a déjà vu que le pupille se trouve investi, suivant les cas, de l'une ou de l'autre des trois actions désignées pour l'hypothèse précédente. Par exception, il peut exercer la *condictio* même après la consommation de mauvaise foi, si la preuve de cette mauvaise foi lui paraît trop difficile (f. 19, p. 1, *Dig.*, 12-1; *suprà*, n° 231).

3° Comme il est de principe qu'on ne saurait acquérir de créance à un tiers, la dation doit être l'œuvre du prêteur lui-même ou d'une personne qui agisse avec son consentement, comme son esclave, son fils de famille ou son mandataire (f. 2, p. 4, *Dig.*, 12-1).

De là vint une divergence célèbre entre le vieux droit et le droit moins rigide des grands jurisconsultes. Elle éclate en trois cas: 1° je vous remets un objet quelconque, pour le vendre et garder le prix à titre de prêt; 2° je vous permets de toucher de l'argent qui m'est dû, et d'en user comme de deniers prêtés; 3° vous me devez une somme en qualité de mandataire, et je vous autorise à

la retenir en qualité d'emprunteur. Dans aucune de ces hypothèses, suivant la doctrine scrupuleuse d'Africain, il n'y avait *mutuum*, parce que la translation de propriété n'émanait pas du créancier. L'analyse plus délicate et l'interprétation plus souple d'Ulpien faisaient intervenir ici l'idée de la tradition *brevi manu*, c'est-à-dire la fiction de deux numérations successives, et par conséquent arrivait à constater la formation d'un *mutuum* (f. 34, *Dig.*, 17-1 ; f. 11, 15, *Dig.*, 12-1).

Plus tard, et tout au moins à propos du prêt d'argent, on écarta franchement le principe, en admettant que, même sans notre ordre et à notre insu, nous devenons créanciers par une numération, faite en notre nom, de nos deniers ou des deniers du *tradens* (f. 9, p. 8, *Dig.*, 12-1)

327. B **Intention réciproque de produire une obligation.** — *Il faut l'intention réciproque de produire une obligation ;* car les deux parties manquent-elles de cette volonté, l'acte constitue alors une donation. Ne fait-elle défaut qu'à l'une des parties, l'acte n'est alors ni donation ni *mutuum*, faute de consentement, et le *tradens* n'a qu'une *condictio sinè causâ* pour recouvrer les choses aliénées (f. 18, *Dig.*, 12-1 ; f. 36, *Dig.*, 41-1).

Il résulte de cette deuxième condition que l'*accipiens* doit avoir la capacité de s'obliger. S'il est incapable, la tradition lui procure néanmoins la propriété ; mais aucune poursuite ne peut l'atteindre comme emprunteur, et il n'est tenu qu'à l'occasion et dans les limites de son enrichissement.

Le sénatus-consulte Macédonien, rendu sous le règne de Vespasien, décida que les prêts d'argent faits à des fils de famille ne donneraient aucune action. C'est au titre *des Exceptions* qu'on saisira mieux cette prohibition spéciale.

328. C. **Choses fongibles.** — *Il faut enfin que le prêt ait pour objet des choses fongibles ;* cette troisième condition s'induit d'une analyse exacte de l'intention des contractants et de la nature du contrat.

En effet, ce ne sont pas les objets aliénés eux-mêmes, mais autant d'objets de la même espèce, que l'emprunteur doit rendre au prêteur : son obligation de restituer ne porte pas *in specie*, mais *in genere*. Voilà bien l'interprétation nécessaire et la portée logique de la translation de propriété, qui manquerait autrement le but de l'emprunteur. D'ailleurs, entre la dation et l'obligation, entre ce

qui est aliéné par le prêteur et ce qui est dû par l'emprunteur, il doit y avoir égalité complète et parfait équilibre ; car l'obligation n'a d'autre cause et d'autre mesure que la dation, puisque le *mutuum* se forme *re*. Il est donc indispensable que les choses prêtées et les choses rendues se représentent exactement les unes les autres, en un mot, qu'elles soient fongibles, *alterius altera vice fungatur*.

Le moyen pour le débiteur de réaliser cette équivalence, bien différente de l'identité, c'est de restituer une égale quantité de choses de même nature et même qualité. Or la quantité n'est certaine que par la numération, le pesage ou le mesurage; de là vient la règle que le *mutuum* a pour objet les *res quæ numero, pondere mensurâve constant* (*Inst.* pr., *hic*).

Cette formule embrasse donc, en droit comme en fait, les choses qui, à nombre ou poids égal, ou sous une même mesure, peuvent rendre les mêmes services ; telles sont principalement la monnaie, les denrées alimentaires, et généralement tous les produits naturels ou industriels qui se consomment par le premier usage. On doit y comprendre aussi les produits susceptibles de résister plus ou moins à l'usage, mais faciles à remplacer exactement, comme les livres, les étoffes, et même les animaux. Quant aux esclaves et aux immeubles, dont la valeur intrinsèque est éminemment individuelle, il ne paraît pas que les Romains les aient jamais introduits dans la sphère d'application du *mutuum* (f. 2, p. 1, *Dig.*, 12-1).

Sous cette dernière réserve, il faut admettre que la fongibilité dépend un peu de la nature des choses et beaucoup de l'intention des parties. Ainsi tout ce qui se consomme par le premier usage n'est pas nécessairement fongible ; on peut citer pour exemple la dernière bouteille du vin de la comète, et les fruits ou les pièces de monnaie que je vous prêterais *ad solam ostentationem*.

§ II

Effets du mutuum.

329. En conséquence, la *mutui datio* aboutit à deux résultats. D'abord elle détermine la quantité, la nature et la qualité des choses dues par l'emprunteur ; car il suffit et il faut que les choses aliénées soient comptées, pesées ou mesurées ; l'*accipiens* est

tenu de rendre, non pas *idem*, mais *tantumdem*. Ensuite la *mutui datio* met les contractants dans l'impuissance d'élever leur volonté au-dessus du fait ; en d'autres termes, l'obligation *ex mutuo* ne saurait être ni alternative, ni supérieure à la quantité reçue. Cette règle n'apporte d'ailleurs aucun obstacle à la validité d'une condition, d'un terme, de la corréalité qui s'adjoindraient au *mutuum*, et généralement de toutes les clauses dont le but n'est point d'altérer l'équivalence de la dation et de la dette (f. 7, 8, *Dig.*, 12-1).

Le *mutuum* est unilatéral, de droit strict, et produit une *condictio certi* rarement appelée *actio mutui* (*Inst.* pr., *hic;* C. 5, *Cod.*, 7-35).

Il n'est pas besoin d'exprimer que l'*accipiens*, débiteur d'un *genus*, supporte tous les risques, et que son obligation ne saurait s'éteindre par la perte de l'objet. Si même il éprouve quelque préjudice par suite de la mauvaise qualité des choses empruntées, il n'a d'autre ressource que l'action non contractuelle *de dolo*, et peut-être, à défaut de dol, une action *in factum*.

§ III

Des intérêts.

330. Le *mutuum* est essentiellement gratuit, puisque la dette n'y dépasse point le prêt, et que l'emprunteur n'est pas tenu à rendre une quantité plus forte. Mais ce contrat eût rapidement disparu de la pratique, si la théorie n'avait laissé aux prêteurs le moyen d'obtenir un dédommagement légitime. Or il est bien vrai que le *mutuum* ne peut à lui seul engendrer d'intérêts; il ne le peut en l'absence de convention, parce que la loi ne fait courir de plein droit les *usuras moræ* que dans les contrats de bonne foi ; il ne le peut en vertu de simples conventions qu'on lui adjoindrait, parce que son effet obligatoire se mesure exactement sur la dation, nonobstant toute volonté contraire.

Mais la dette d'intérêts prend valablement naissance dans un contrat qu'on ajoute au *mutuum*, et ce contrat est la stipulation. On verra bientôt, dans l'exposé des pactes, disparaître en général cette nécessité trop gênante; il faut néanmoins constater qu'elle ne fléchit jamais à l'égard du prêt d'argent monnayé, de beaucoup le plus usuel et le plus important. Certaines exceptions y furent seulement apportées ; dès l'époque classique, un pacte suffisait à produire les intérêts dans le *nauticum fœnus* (notre prêt à la grosse) et

pour les sommes prêtées par les villes; Justinien les fit courir de plein droit au profit des banquiers (f. 5, p. 1, *Dig.*, 22-2; f. 30, *Dig.*, 22-1; *Nov.* 136, c. IV).

Taux de l'intérêt.—Libre à l'origine, le taux de l'intérêt fut restreint par les Douze Tables au *fœnus unciarium*, qui signifie probablement un douzième du capital par an, et donne, soit un peu plus de 8 p. 100 pour l'année primitive de dix mois, soit 10 p. 100 environ pour l'année de douze mois. Depuis Cicéron jusqu'à Justinien, les Romains pratiquent l'usage grec de prêter à 1 p. 100 par mois, ce qui fixe l'intérêt à 12 p. 100 par an; c'est à ce chiffre que se réfèrent, dans la jurisprudence et la littérature classiques, les mots de *centesimæ usuræ*, *legitimæ usuræ;* sur ce fondement, les *usuræ semisses* ou *trientes* sont la moitié ou le tiers de l'intérêt légal, c'est-à-dire 6 p. 100, 4 p. 100, etc. Justinien abaisse le taux normal à 6 p. 100 par an, hormis des cas particuliers (Tacite, *Ann.*, VI, 21; C. 26, *Cod.*, 4-32).

L'intérêt usuraire était primitivement restitué au quadruple, et plus tard imputé sur le capital ou réclamé par la *condictio indebiti* (*Paul*, II, t. XIV, p. 2).

Principes généraux. — Deux grands principes dominent la matière: 1° Le montant des intérêts conventionnels actuellement dus ne peut jamais dépasser le capital, *alterum tantum;* ainsi, quand ils l'égalent par leur accumulation, la loi les arrête, de crainte que l'accroissement indéfini de la dette ne ruine le débiteur. Il y avait là comme une prime pour les emprunteurs inexacts. Justinien fut moins injuste en décidant que, du jour où la somme d'intérêts payés s'élèverait au double du capital, la dette serait éteinte, excepté dans l'hypothèse d'annuités dues aux villes (C. 10, 29, *Cod.*, 4-32).

2° L'anatocisme est prohibé; c'est l'intérêt de l'intérêt. Dioclétien alla jusqu'à noter d'infamie ceux qui le recevraient; mais l'*usuraria pravitas* n'en fut point arrêtée, puisque Justinien dut renouveler la prohibition (C. 28, *Cod.*, 4-32; cf. art. 1154 *Cod. civ.*).

CHAPITRE XXI

DU COMMODAT.

(*Inst.* III, t. XIV, p. 2.)

Le commodat est un contrat réel, nommé, synallagmatique im-

parfait, de bonne foi, où l'une des parties, *commodans*, livre gratuitement une chose corporelle à l'autre partie, *commodatarius*, qui peut s'en servir, à charge de la rendre *in specie* après en avoir fait l'usage convenu. C'est le prêt à usage de notre Code civil (art. 1875 et suiv.).

§ I

Éléments constitutifs du commodat.

331. Il faut la réunion de trois circonstances pour la formation de ce contrat.

A. **Faculté d'user.** — Le commodataire doit avoir la faculté de retirer de la chose une utilité formellement ou tacitement déterminée. Il n'obtient ni la propriété, ni le droit réel d'usage, ni même la possession proprement dite; la simple possibilité d'user réalise l'intention des parties. De là résulte que le commodant n'a nul besoin d'être propriétaire de ce qu'il livre; fût-il possesseur de mauvaise foi, fût-il voleur, le contrat n'en subsisterait pas moins et produirait ses effets normaux entre les contractants (f. 8, 15, 16, *Dig.*, 13-6).

Mais il est néanmoins nécessaire que le *tradens* et l'*accipiens* aient la capacité de s'obliger ou d'aliéner, ce qui revient au même; car le commodat peut de sa nature entraîner des obligations réciproques. Quand elle fait défaut à l'un des deux, le contrat ne prend existence qu'envers l'autre, suivant les principes généraux.

Comme il appartient aux parties de fixer l'usage que le commodataire aura droit de retirer de la chose, le commodat porte indistinctement sur toute espèce d'objets corporels *in commercio*, meubles ou immeubles. Il est même applicable aux *res quæ primo usu consumuntur*, comme l'argent monnayé ou les denrées alimentaires; il suffit que les contractants ne les aient point destinées à la consommation et qu'elles soient prêtées *ad pompam et ostentationem* (f. 1. p. 1; f. 3, p. 6; f. 4, *Dig.*, 13-6; f. 17, pr., *Dig.*, 19-5).

B. **Gratuité.** — La gratuité est de l'essence du commodat. Lorsque l'usage de la chose est rémunéré, l'opération, de quelque nom qu'on l'ait nommée, revêt une tout autre nature; elle devient un louage si la rémunération est pécuniaire, un contrat innommé si la rémunération ne consiste pas en argent. Cette remarque est importante; car le louage se forme par le seul consentement,

tandis que le commodat suppose une tradition, et que nulle action ne peut naître d'une simple promesse de prêter.

C. **Nécessité de restituer** *in specie.* — Le commodataire doit être tenu de restituer, au terme fixé, l'objet même que lui a livré le commodant; son obligation ne porte pas *in genere*, mais *in specie.* A défaut de cette condition, il pourrait y avoir échange, vente, *mutuum*, contrat innommé; il n'y aurait pas commodat. Par là se présente la question des effets du prêt à usage.

§ II

Effets du commodat.

332. La *res* a pour résultat ici de consacrer et de rendre obligatoires les conventions formelles ou tacites des parties, non d'en limiter les conséquences. Dèslors le commodat ne saurait être unilatéral comme le *mutuum;* mais il n'est pas non plus synallagmatique comme la vente, le louage ou la société. Car au début l'*accipiens* seul est engagé; cependant il peut arriver que des faits accidentels et postérieurs, dont la cause se trouve dans le contrat, engagent le *tradens* à son tour. De là vient l'expression moderne de synallagmatiques imparfaits qu'on applique au commodat et aux contrats analogues. Il faut donc examiner à deux points de vue les dettes qui en dérivent.

333. **A la charge du commodataire.** — Les Romains, en appelant *directa* l'action donnée contre le commodataire, marquent nettement qu'elle est une conséquence immédiate et nécessaire du prêt. Elle sanctionne trois obligations dont il est tenu:

1° Le commodataire ne peut retirer de la chose que l'usage convenu, sous peine d'avoir à réparer le préjudice causé. Si même il contrevient de mauvaise foi à ce devoir, il commet un *furtum usûs* et devient passible de l'action *furti* (*Inst.*, IV, t. I, p. 6).

2° Débiteur et par suite gardien d'un corps certain, il est d'abord responsable de la perte ou détérioration provenue de son dol. En outre, par application d'un principe spécial aux débiteurs qui ont un intérêt personnel dans le contrat, il est responsable de la *culpa levis in abstracto;* cette formule signifie qu'on exige du commodataire, à l'égard de la chose prêtée, les soins et la vigilance du père de famille le plus diligent, et qu'il répond de toute espèce de faute. Mais, en revanche, les risques des cas fortuits ne sont pas

à sa charge, s'il ne les a lui-même occasionnés (*Inst.*, p. 2, *hic*).

Des conventions expresses ou des circonstances de fait peuvent modifier cette situation normale du commodataire. C'est ainsi qu'on le déclare comptable même des cas fortuits, si la chose a été estimée lors du contrat. A l'inverse, quand le contrat intéresse à la fois les deux parties, l'*accipiens* n'est en général tenu que de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire des négligences qu'il ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires. Enfin, sa responsabilité se limite au dol, dans les rares hypothèses où le commodat n'intéresse que le commodant (f. 5, p. 3 et 10; f. 18, *Dig.*, 13-6).

3° Son obligation de restituer, au terme et dans l'endroit convenus, ne comprend pas seulement la chose elle-même, mais encore les fruits et produits qu'elle lui a donnés (f. 38, p. 10, *Dig*, 22-1).

333 *bis*. **A la charge du commodant.** — Malgré certaines divergences de textes, le commodant ne répond jamais de sa faute, s'il n'a dans le contrat un intérêt personnel. Les obligations qui peuvent lui incomber sont au nombre de deux: 1° Il doit indemniser le commodataire des dommages qu'il lui a causés par son dol, comme en lui prêtant sciemment des *tigna vitiosa* pour servir d'étais, ou des *vasa vitiosa* pour conserver des liquides. Dans cet ordre d'idées, il y aurait dol à retenir un enrichissement réalisé même de bonne foi aux dépens du commodataire; ainsi le commodant qui a reçu de l'*accipiens* le prix de la chose perdue par ce dernier, et qui la recouvre ensuite, est contraint à restituer l'une ou l'autre des deux valeurs (f. 17, p. 5; f. 18, p. 3; f. 21, *Dig.*, 13-6).

2° Il doit indemniser le commodataire des impenses extraordinaires qu'a pu nécessiter la conservation de la chose, par exemple, des sommes consacrées à sauver l'esclave prêté d'une maladie grave, à le reprendre dans sa fuite, etc. Mais il va de soi que le commodataire supporte les dépenses ordinaires et qui sont la charge même de l'usage, par exemple, les frais de nourriture de l'esclave (f. 18, p. 2-3, *Dig.*, 13-6).

Le commodant est passible de l'*actio commodati contraria;* cette qualification laisse entendre que ses obligations, à la différence de celles du commodataire, ne sont qu'une suite accidentelle et médiate du contrat. Les deux actions directe et contraire ont d'ailleurs le même caractère de bonne foi. En conséquence, si le commodataire est poursuivi par le commodant, il a le droit de lui opposer

ses propres griefs ou créances, sous la forme d'exception ou de compensation. Il était néanmoins indispensable de l'investir à son tour d'une action, pour tous les cas où le commodant ne voudrait ou ne pourrait agir lui-même. De plus, en supposant que la créance du commodataire fût supérieure à sa dette, la compensation n'eût pas été un remède suffisant; car le juge, après l'avoir absous, n'aurait eu aucun moyen de lui procurer la différence, puisqu'il n'entrait jamais dans sa mission de prononcer de condamnation contre le demandeur.

Le commodataire jouit du droit de rétention à l'encontre du commodant, jusqu'à satisfaction complète; peut-être Dioclétien l'en a-t-il dépouillé par un texte assez obscur (f. 15, p. 2; f. 59, *Dig.*, 47-2; C. 4, *Cod.*, 4-23).

§ III

Parallèle du commodat et du précaire.

334. Le droit romain connut, à côté du commodat, une institution à la fois analogue et différente.

Il y a *precarium* lorsque, sur la prière d'une personne, on lui livre une chose, pour en user gratuitement tant qu'il plaira au concédant. Le précaire résulte le plus souvent d'une demande et d'une concession formelles, quelquefois d'une tolérance tacite; il est tantôt isolé, tantôt l'accessoire d'un contrat (f. 1, *Dig.*, 43-26; *Paul*, V, t. VI, p. 11).

Ressemblances. — Le précaire et le commodat ont le même caractère de libéralité, puisqu'ils impliquent un usage gratuit; mais comme on n'y aperçoit aucune aliénation, ils n'appartiennent pas à la classe des donations proprement dites. L'un et l'autre exigent la remise effective et la restitution *in specie*, ainsi que la capacité généralement requise pour rendre sa condition pire.

Dissemblances. — Mais il existe entre eux de nombreuses dissemblances.

A. Tandis que le commodat s'applique uniquement aux objets corporels, le précaire peut aussi se former par la quasi-tradition d'un droit susceptible de constituer une servitude personnelle ou prédiale (f. 15, p. 2, *Dig.*, 43-26).

B. A la différence du commodat, qui suppose un terme formel ou tacite pour la restitution, il est de l'essence du précaire de cesser

ad nutum concedentis, si bien que la fixation d'un terme y serait non avenue. Le concédant ou *rogatus* n'est grevé d'aucune obligation, et ne doit pas même le remboursement des impenses nécessaires (f. 12, *Dig.*, 43-26).

C. Inférieur au commodataire sous ce dernier aspect, le concessionnaire jouit à tous les autres points de vue d'une situation supérieure. C'est ainsi qu'il est investi d'une véritable possession, sinon à l'égard du concédant, au moins envers les tiers. Il a le droit d'employer la chose à tous les usages qu'elle comporte, et bénéficie des fruits tant que la restitution ne lui est pas réclamée. Jusqu'à cette même demande, il ne répond que de son dol ou de la *culpa lata* équivalente au dol, non de ses fautes simples (f. 17; f. 8, p. 6, *Dig.*, 43-26).

D. Mais le trait saillant du précaire, c'est qu'il ne constitue pas un contrat: de là viennent deux conséquences originales : 1° le précariste n'était passible d'aucune action personnelle pour la restitution, et le *rogatus* se serait vu réduit à l'action réelle en revendication, si le préteur n'eût de bonne heure comblé cette lacune par la création de l'interdit *de precario;* 2° le précaire était intransmissible aux héritiers du précariste, non-seulement pour l'avenir comme un mandat, mais encore pour le passé; ces héritiers n'étaient ni les ayants cause de leur auteur, ni les continuateurs de sa possession, ni responsables de son dol, ni tenus de l'interdit *de precario;* on ne pouvait leur demander la restitution que par un interdit général *de clandestina possessione.* — Ces deux grandes règles de l'ancienne théorie disparurent dans le droit postérieur. Contre le précariste fut donnée une action proprement dite, *condictio incerti* aux yeux de Julien, *præscriptis verbis* et partant contractuelle aux yeux d'Ulpien. Contre ses héritiers fut donné l'interdit *de precario;* peut-être, si la doctrine d'Ulpien resta fidèle à l'idée de contrat innommé qui l'inspirait, faut-il y joindre l'action *præscriptis verbis* (f. 2; p. 2; f. 8; p. 8; f. 19, p. 2, *Dig.*, 43-26; — C. 2, *Cod.*, 8-9).

Origine du précaire. — D'après une conjecture vraisemblable, l'origine du précaire se trouve dans l'habitude qu'avaient autrefois les patriciens de concéder à leurs clients des terres et des valeurs pécuniaires, comme les pères de famille à leurs enfants. Ce rapprochement du précaire et du pécule explique suffisamment les règles précédentes sur le droit de révocation du concédant, sur

l'irresponsabilité du précariste, sur l'inexistence d'une action civile, etc. Il est d'ailleurs certain que le précaire du temps classique avait débordé sa sphère primitive; on en rencontrera les principales applications dans la vente et surtout dans le gage.

CHAPITRE XXII

DU DÉPOT.

(*Inst.*, III, t. XIV, p. 3.)

335. Le dépôt est un contrat réel, nommé, synallagmatique imparfait, de bonne foi, où l'une des parties livre un meuble corporel à l'autre partie, qui prend gratuitement l'obligation de le garder et de le restituer *in specie* à première réquisition.

A l'origine, le dépôt s'effectuait par une aliénation accompagnée d'un contrat de fiducie; le déposant transférait la propriété au dépositaire, qui s'obligeait *contractâ fiducia* à la lui retransférer. Cette méthode avait l'avantage de mettre à la disposition du dépositaire, pour recouvrer la chose en cas de vol, deux armes efficaces, c'est-à-dire la revendication et la *condictio furtiva*. Mais elle avait de graves inconvénients : le déposant risquait de ne pouvoir, à l'heure choisie, obtenir la retranslation de propriété du dépositaire infidèle ou devenu incapable; l'institution de l'*usureceptio* n'était qu'un palliatif insuffisant de ce danger (*suprà*, n° 189). Aussi l'aliénation fiduciaire fit-elle place à de meilleures conceptions.

§ I

Éléments constitutifs du dépôt.

336. Le dépositaire, simple détenteur comme le commodataire, a de moins que celui-ci la faculté d'user de la chose. Pour la formation du dépôt, soumis d'ailleurs aux mêmes règles de capacité que le commodat, il faut trois circonstances :

A. *Meuble.* — Un objet susceptible de déplacement, en d'autres termes un meuble corporel. La garde d'un immeuble se rapprocherait plutôt du mandat.

B. *Gratuité.* — La gratuité; toute rémunération fournie ou promise changerait l'opération en louage ou contrat innommé. Ce ca-

ractère assimile encore le dépôt au commodat ; mais si l'*accipiens* reçoit un service gratuit dans le commodat, c'est lui qui le rend dans le dépôt (f. 1, p. 9, *Dig.*, 16-3).

C. *Nécessité de restituer in specie.* — L'obligation pour le dépositaire de restituer *in specie*, à première réquisition ; sinon, l'acte prendrait une tout autre nature. Cette remarque ouvre l'étude des effets du dépôt.

§ II

Effets du dépôt.

337. Dans le même sens et pour les mêmes motifs que le commodat, le dépôt oblige l'une des parties et peut obliger l'autre.

A la charge du dépositaire. — Le dépositaire contracte dès le début trois engagements :

1° Il ne doit retirer de la chose aucun usage, sous peine de vol (f. 29, *Dig.*, 16-3).

2° Irresponsable des cas fortuits et de ses fautes simples, il doit réparer tout préjudice causé par son dol ou sa faute grave. Si la responsabilité lui est moins lourde qu'au commodataire, c'est qu'il n'a pas d'intérêt personnel dans le contrat. Il est clair que des conventions expresses peuvent modifier cet état de droit ; mais par exception, et sans nulle clause formelle, le dépositaire répond de la *culpa levis in abstracto* lorsqu'il s'est offert de lui-même au dépôt, et supporte les risques des cas fortuits lorsqu'il est seul intéressé dans le contrat (*Inst.*, p. 3, *hic ;* f. 1, p. 35 ; f. 32, *Dig.*, 16-3 ; f. 4, *Dig.*, 12-1).

3° Son obligation de restituer la chose, à première réquisition, porte également sur les fruits qu'elle a pu lui donner ; il n'est pas admis à se prévaloir du terme fixé par la convention et qui ne profite qu'au créancier (f. 1, p. 22, 45 46, *Dig.*, 16-3).

Ces trois engagements du dépositaire sont garantis par l'action *depositi directa*, essentiellement de bonne foi ; car les Romains considéraient le dépôt comme sacré, *res sacra depositum*. Par une conséquence qui ne lui est pas absolument spéciale, cette action entraîne l'infamie contre le dépositaire condamné. Mais à la différence de toute autre poursuite contractuelle, elle peut s'intenter, sans la condition d'un enrichissement, contre le pupille *doli capax* qui a reçu un dépôt *tutore non auctore*, et sanctionne après l'affran-

chissement le dépôt fait à l'esclave, s'il détient encore la chose (f. 1, p. 15 ; f. 21, p. 1, *Dig.*, 16-3).

Quand y a plusieurs dépositaires, ils sont tous engagés *in solidum* (f. 1, p. 43, *Dig.*, 16-3).

Du dépôt misérable. — Lorsque le dépôt a lieu sous la pression d'un péril imminent et d'une nécessité urgente, par exemple en cas de tumulte, d'incendie ou de naufrage, on l'appelle *depositum necessarium* ou *miserabile.* Le déposant n'a pas eu dans cet événement la liberté de son choix et mérite une protection plus énergique. Aussi le dépositaire nie-t-il le dépôt, ou rend-il par son dol la restitution impossible, il sera condamné *in duplum*, sévérité que les Douze Tables appliquaient jadis à tout dépôt, et que le préteur restreignit à cette hypothèse (*Paul,* II, t. XII, p. 11 ; f. 1, p. 11, *Dig.*, 16-3).

Le *depositum miserabile* présente de plus cette règle spéciale, que les héritiers du dépositaire y sont tenus moins rigoureusement que leur auteur. Car non-seulement son dol ne les fait pas condamner au double, mais ils n'en répondent au simple que durant une année, et ne restent débiteurs après ce terme que dans la mesure de leur enrichissement (f. 18, *Dig.*, 16-3).

A la charge du déposant. — Deux obligations peuvent peser sur le déposant : 1° il doit réparer les dommages provenus, non-seulement de son dol, mais de sa faute quelconque, puisqu'il est seul intéressé dans le contrat ; 2° il doit rembourser toutes les dépenses ordinaires ou extraordinaires que le dépositaire a faites en vertu du contrat ou par nécessité, pour le soin ou la nourriture de l'animal déposé, etc. (f. 12, 23, *Dig.*, 13-6).

Ces obligations du déposant sont garanties par l'action *depositi contraria.*

Le dépositaire a-t-il également un droit de rétention ? Les textes ne sont pas d'accord sur ce point (*Paul,* II, t. XII, p. 12 ; C. 11, *Cod.*, 4-34; *Collat. leg. mos.*, t. X, 2, p. 6).

§ III

Variétés de dépôt.

338. Il y a deux cas où les éléments essentiels du dépôt reçoivent des modifications.

Dépôt irrégulier. — Lorque Primus confie à Secundus une somme d'argent, en lui donnant le droit de s'en servir, sous la

charge de rendre à première réquisition, non pas les mêmes écus, mais une somme égale, l'opération tient à la fois du *mutuum* et du dépôt. Cependant les jurisconsultes ont fait pencher la balance; ils voient là ce qu'on appelle un *dépôt irrégulier*, parce que l'élément prédominant d'un tel contrat est la nécessité de restituer à première réquisition. Les conséquences de ce point de départ sont graves; car un simple pacte, qui n'aurait pu créer une dette d'intérêts à côté du *mutuum*, en aura la force dans le dépôt, et les risques de l'argent livré pèseront sur le créancier, tant que le débiteur ne s'en sera pas servi. Il paraît que le dépôt irrégulier se pratiquait surtout chez les banquiers, libres par ce moyen de rentrer à volonté dans les fonds qu'ils plaçaient (f. 24; f. 25, p. 1; *Dig.*, 16-3).

Séquestre. — Le séquestre, *sequestrum*, *sequestratio*, est un dépôt qui a pour but de sauvegarder les intérêts contraires de plusieurs personnes. Il ne suppose pas nécessairement un procès, mais il s'applique presque toujours en fait à des choses litigieuses; de là vient qu'il est tantôt volontaire et tantôt nécessaire, c'est-à-dire ordonné en justice. Le tiers chargé de ce dépôt s'appelle *sequester*, et l'action dont il est passible *actio depositi sequestraria*. Le séquestre diffère à plusieurs égards du dépôt ordinaire :

1° Il est susceptible d'avoir pour objet un immeuble aussi bien qu'un meuble.

2° Il émane forcément de plusieurs déposants; mais la créance de chacun d'eux est conditionnelle, et la condition, qui consiste d'ordinaire dans le gain du procès, ne s'accomplira pas au profit de l'un sans défaillir au préjudice de l'autre. En attendant, ni l'un ni l'autre ne peut exiger ou recevoir la chose déposée.

3° Le *sequester* est admis à toucher un salaire, et, pour des causes graves, à réclamer du magistrat décharge de son obligation.

4° La possession juridique est souvent attribuée au *sequester*; elle profite alors, en fin de compte, à la partie victorieuse, qui aura pu usucaper par l'intermédiaire du *sequester*. Quand il n'est pas possesseur, personne ne possède (f. 5, p. 2; f. 6; f. 12, p. 2; f. 17, *Dig.*, 16-3; C. 5, *Cod.*; 4-34).

CHAPITRE XXIII

DU GAGE.

(*Inst.*, III, t. XIV, p. 4.)

339. Dans les textes, le mot *pignus* a plusieurs significations et désigne, tantôt la chose livrée en gage, tantôt le droit réel de gage ou d'hypothèque constitué sur cette chose, tantôt le contrat même de gage et les liens personnels d'obligation qu'il noue entre les parties. Le droit réel de gage ou d'hypothèque fera l'objet d'une étude ultérieure; il n'est ici question que du contrat et des engagements qui en dérivent.

A ce point de vue, le gage est un contrat réel, nommé, synallagmatique imparfait, de bonne foi, où l'un des contractants reçoit de l'autre une chose corporelle, avec le droit de la retenir jusqu'à parfait payement d'une créance, et de l'aliéner, en cas de non-payement à l'échéance, pour se payer sur le prix, mais à la charge de la restituer *in specie*, s'il est payé, ou l'excédant du prix, s'il la vend.

Ici l'*accipiens* est un créancier; le *tradens* peut être le débiteur ou même un tiers. A la différence des contrats précédents, le gage est accessoire en ce sens que, dans l'intention des parties, il présuppose toujours l'idée d'une dette qu'il s'agit de garantir. Il n'importe que cette dette soit civile, prétorienne, présente, conditionnelle ou future; ne naquît-elle jamais, il suffit que les contractants l'aient eue en vue, et le contrat n'en subsistera pas moins. On verra que le droit réel de gage ou d'hypothèque implique au contraire, de toute nécessité, l'existence d'une obligation. Le gage primitif se constituait, comme le dépôt à l'origine, par une aliénation fiduciaire; les inconvénients déjà signalés la firent tomber en désuétude dans les deux cas (*Gaïus*, II, 60; *Paul*, II, t. XIII; *suprà*, n° 335).

§ I

Éléments constitutifs du gage.

340. La formation du gage exige des conditions faciles à déterminer. On se rappelle d'abord que, suivant la règle commune à tous les contrats *re*, l'objet doit en être corporel. Il peut bien arri-

ver qu'une chose incorporelle, par exemple une créance, serve à garantir une dette qui prend naissance; mais cette sûreté particulière n'est pas un gage dans le sens technique du mot, et se confond plutôt avec le mandat. Du reste, le gage porte aussi bien sur un immeuble que sur des meubles (C. 3, *Cod.*, 4-24).

A. **Possession juridique et droit de vendre.** — Il faut, de la part du constituant, l'abandon au gagiste de la possession juridique et du droit conditionnel de vendre. En conséquence, le gage suppose dans le constituant la capacité d'aliéner. Quand le *tradens* n'est pas propriétaire de ce qu'il livre, aucun droit réel de *pignus* ne grève la chose; mais le contrat existe et se manifestera par un recours en garantie. Le *non dominus* qui engage de mauvaise foi se rend d'ailleurs coupable de stellionat et passible d'une poursuite *extrà ordinem* (f. 22, p. 2, *Dig.*, 13-7; *Dig.*, 47-20).

La possession passait au gagiste, avec elle les *interdicta*. Les inconvénients pratiques de cette dépossession du constituant étaient à peu près corrigés au moyen du précaire. Du reste, au point de vue spécial de l'usucapion, le constituant continuait à posséder par l'intermédiaire du gagiste (f. 16, *Dig.*, 41-3).

Quant au droit de vente, il ne fut longtemps qu'un élément accidentel du contrat de gage, et ne s'y attachait qu'en vertu d'une convention expresse. Il devint ensuite un élément naturel, c'est-à-dire sous-entendu, sauf réserve contraire. Enfin, sous les derniers jurisconsultes classiques, il acquit le rôle d'un élément essentiel et supérieur à la volonté des parties; seulement, s'il découlait d'un pacte formel, le créancier pouvait procéder à la vente, après une seule sommation de payer; s'il était prohibé ou passé sous silence, trois sommations devaient précéder la vente. Dans tous les cas, le droit de vendre ne s'exerce jamais qu'après l'échéance du terme fixé par le contrat ou par une convention postérieure. Depuis Justinien, l'aliénation présuppose, soit une signification ou *denuntiatio* au débiteur, soit un jugement qui le condamne, puis l'expiration d'un délai de deux ans, et se fait nécessairement aux enchères et sur affiches (*Paul*, II, t. V, p. 1; f. 4, *Dig.*, 20-5; C. 3, *Cod.*, 8-34).

Lorsque le créancier ne trouvait pas d'acheteur, pouvait-il s'approprier la chose à titre de payement? La clause qui lui en donnait le droit avait été permise, sous le nom de *lex commissoria ;* Constantin proscrivit ce pacte commissoire. Dès lors le créancier n'eut pas

même la faculté d'acheter la chose par une personne interposée. Mais l'empereur était maître de lui accorder la possession *animo domini* sur sa demande, et par là de le mettre à même d'usucaper, si le débiteur ne le désintéressait et ne reprenait la chose avant l'accomplissement de l'usucapion. Justinien organisa la procédure lente et compliquée de l'*impetratio dominii*; elle aboutissait à la concession faite par l'empereur de la propriété même de l'objet, sans ôter au débiteur le droit de la recouvrer, dans un délai de deux ans à partir du rescrit, en payant le capital et les intérêts de la créance, avec une indemnité légitime pour le retard (*Fragm. Vat.*, 9; C. 3, *Cod.*, 8-35; C. 1, 2, 3, *Cod.*, 8-34; cf. Cod. civ., art. 2078, 2088).

B. **Obligation de restituer.** — De la part du gagiste, il faut une obligation de restituer, soit la chose *in specie* s'il est payé, soit l'excédant du prix s'il la vend; autrement l'opération ne constituerait pas un gage. C'est le germe des effets principaux du contrat.

§ II

Effets du gage.

341. Le gage, comme le commodat et le dépôt, oblige le gagiste *ab initio* et peut obliger le constituant *ex post facto*.

A la charge du gagiste. — Le gagiste est tenu de trois obligations :

1° Il ne doit retirer de la chose aucun usage, sous peine de commettre un vol quand elle est mobilière (f. 54, *Dig.*, 47-2).

2° Assimilé au commodataire, il ne répond pas des cas fortuits, mais répond de son dol et de sa faute quelconque; cette doctrine, sujette à des contestations sérieuses, s'appuie néanmoins sur des textes probants, et sera éclaircie dans la théorie générale des fautes. Il en résulte, par exemple, que le gagiste devrait une indemnité pour avoir vendu la chose avant l'échéance, ou sans les formalités prescrites. Cette deuxième obligation du gagiste a besoin de se combiner avec la première; car s'il lui est interdit d'user de la chose à son profit, il a pourtant le devoir de sauvegarder l'intérêt du constituant, notamment de percevoir les fruits, et d'exercer les servitudes pour en prévenir l'extinction par le non-usage (f. 13, p. 1; f. 14; f. 15, *Dig.*, 13-7; C. 19, *Cod.*, 8-14).

3° Son obligation de restituer la chose *in specie* devient exigible

après parfait payement de sa créance, ou lorsqu'il a reçu satisfaction, c'est-à-dire éteint son droit réel de gage par une novation, une transaction, une remise de dette, etc. Une constitution de l'empereur Gordien a néanmoins décidé que le gagiste payé pourrait retenir le *pignus*, à raison de créances étrangères au contrat de gage, antérieures ou postérieures; seulement il ne fut investi de ce droit qu'envers le débiteur (f. 9, p. 3, *Dig.*, 13-7; C. 1, *Cod.*, 8-27; cf. Cod. civ., art. 2082).

Les fruits donnés par la chose au gagiste s'imputent sur la créance; il n'en rend que l'excédant. Si même le gage est accompagné d'une constitution expresse ou tacite d'antichrèse, les fruits équivalent à des intérêts jusqu'au taux légal, et ne sont pas restituables (f. 11, p. 1, *Dig.*, 20-1; f. 8, *Dig.*, 20-2).

Après la vente régulière, le gagiste n'est plus tenu que de restituer, s'il y a lieu, l'excédant du prix sur sa créance; tant qu'il ne l'a pas touché, il s'acquitte en cédant son action pour l'obtenir (f. 24, p. 2, *Dig.*, 13-7).

Ces trois engagements du gagiste l'exposent à l'action *pigneratitia directa*, qui est de bonne foi.

A la charge du constituant. — Deux obligations prennent naissance, le cas échéant, contre l'auteur du gage : 1° assimilé au déposant, il répond de tout dol et de toute faute, à moins qu'il n'ait engagé sa chose pour autrui; car sa responsabilité s'arrête alors au dol, puisqu'il n'a pas d'intérêt dans le contrat; 2° il doit au gagiste le remboursement des impenses nécessaires, et même des impenses utiles qu'il n'avait point prohibées (f. 8; f. 16, p. 1; f. 22, p. 2, *Dig.*, 13-7).

Pour la sanction de ces deux créances, le gagiste est armé contre le constituant de l'action de bonne foi *pigneratitia contraria*, et peut, à l'instar du commodataire, se prévaloir aussi d'un droit de rétention (f. 8, pr., *Dig.*, 13-7).

CONTRATS CONSENSUELS

CHAPITRE XXIV

DE LA VENTE

342. Tous les contrats impliquent le consentement des parties et sont consensuels à ce point de vue. Mais la vente, le louage, la

société et le mandat produisent des obligations et confèrent des actions en vertu du simple consentement, sans le secours d'aucune *causa civilis* écrite ou verbale, ni d'aucune tradition. Au fond, ce ne sont que des conventions élevées au-dessus des autres et sanctionnées par la loi. De là leur nom de contrats consensuels.

Ils ont pour caractère exclusivement propre de pouvoir se former *per epistolam* ou *per nuntium*, c'est-à-dire par correspondance ou par l'entremise d'un tiers chargé de porter à l'une des parties le consentement de l'autre. En outre, comme tous les contrats autres que la stipulation, ils sont possibles entre absents. Enfin, de même que les trois derniers contrats réels, ils sont synallagmatiques, et partant de bonne foi. Il faut observer seulement que la vente, le louage, la société sont synallagmatiques parfaits, et que le mandat est synallagmatique imparfait ; dans la société, les rôles et les noms de toutes les parties sont identiques, tandis qu'ils sont divers dans la vente, le louage et le mandat.

La vente et le mandat offrent un intérêt prépondérant.

SECTION PREMIÈRE

ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA VENTE.

343. Les Romains appellent la vente *emptio venditio*, pour indiquer les deux situations qu'elle crée. C'est un contrat consensuel, nommé, synallagmatique parfait, de bonne foi, qui produit pour le *venditor* l'obligation de transférer tous ses droits sur la chose vendue, y compris la possession, à l'*emptor*, qui doit fournir en retour une somme d'argent déterminée.

Les conditions générales de capacité s'appliquent à la vente. Pour exemple des incapacités spéciales qui lui sont relatives, on peut noter que les administrateurs des biens d'autrui, comme le tuteur, le curateur, le mandataire, n'achètent valablement, ni par eux-mêmes ni par l'intermédiaire de personnes interposées, les choses dont ils ont la gestion ; la loi romaine a voulu prévenir un conflit dangereux entre leur devoir et leur intérêt (f. 34, p. 7 ; f. 46, *Dig.*, 18-1 ; cf. Cod. civ., art. 1596).

Le consentement forme la vente, à l'instant même où les parties s'accordent sur la *res* et sur le *pretium*. C'est donc à ces deux éléments particuliers que doit s'attacher l'attention.

344. **De la merx ou chose vendue.** — La vente ne porte valable-

ment que sur des choses susceptibles d'entrer dans le patrimoine de l'acheteur; par conséquent, moins large que la stipulation, elle ne saurait avoir de simples faits pour objet (f. 34, p. 1, *Dig.*, 18-1).

Le domaine de la vente embrasse donc :

1° *Choses corporelles.* — Les *res corporales in commercio*, actuelles ou futures, corps certains ou quantités, que le vendeur en soit ou non propriétaire. La vente de la chose d'autrui est licite, comme la *promissio* de la chose d'autrui ; car, dans l'un et l'autre cas, le but immédiat et l'effet propre du contrat ne sont pas de transférer la propriété, mais d'obliger seulement à la transférer, et cette obligation n'a rien d'inexécutable (f. 28, *Dig.*, 18-1).

2° *Choses incorporelles.* — Les *res incorporales*, c'est-à-dire les droits réels, les créances et les actions.

Quant aux droits réels, les suppose-t-on déjà constitués et démembrés de la propriété, la vente n'en est pas toujours possible ; ainsi l'usufruit se vend librement et se livre par quasi-tradition, tandis que l'usage ne se vend pas. S'agit-il, au contraire, de droits réels à constituer et qui n'ont pas encore une existence distincte de la propriété, la vente en est toujours possible ; car on ne saurait empêcher un propriétaire de s'obliger, moyennant un prix, à les établir par l'un ou l'autre des procédés légaux, *in jure cessio*, *mancipatio*, etc.

Pour les créances et les actions, la vente n'est qu'une des faces de la théorie générale de la cession ; il en sera traité plus loin.

On doit considérer comme appliquée à une chose incorporelle la vente d'une *universitas juris*, par exemple d'un pécule ou d'une succession ouverte ; l'objet du contrat est alors complexe, et renferme de l'actif et du passif. Les successions futures, c'est-à-dire non ouvertes, ne sont pas valablement vendues, à moins que le maître, depuis Justinien, n'y consente et ne persévère dans cette volonté jusqu'à sa mort (C. 30, *Cod.*, 2-3 ; cf. Cod. civ., art. 1600).

Différence entre la vente et la stipulation. — La vente, plus étroite dans son objet que la stipulation, est en revanche moins rigide. Ainsi l'une et l'autre excluent les *res extrà commercium*, en ce sens que le débiteur est impuissant à les transférer au créancier. Mais le créancier aura-t-il au moins des dommages-intérêts ? On les refuse au stipulant dans la stipulation, qui demeure nulle sans tempérament. Dans la vente, l'acheteur peut au contraire les obtenir, à la seule condition d'être de bonne foi, c'est-à-dire de n'avoir pas connu la nature de la chose vendue ; il n'importe aucunement,

quoi que semblent dire les Institutes, que le vendeur ait été de bonne ou de mauvaise foi. Il est d'ailleurs évident qu'une erreur inexcusable ne profiterait pas à l'acheteur. Cette différence entre la vente et la stipulation tient à leur essence même; l'une est *stricti juris* et l'autre *bonæ fidei* (*Inst.*, p. 5, *hic;* III, t. XIX, p. 2; f. 15, p. 1; f. 70, *Dig.*, 18-1).

345. **Du prix.** — Le prix a des caractères rigoureusement exigés.

1° *En argent.* — Il doit consister en numéraire, *pretium in numeratâ pecuniâ*. Rien n'empêche d'ailleurs d'y comprendre, accessoirement à la somme d'argent, des prestations d'une autre nature (f. 6, p. 1, *Dig.*, 19-1).

Cette nécessité du métal en monnaie fut longtemps la règle incontestée, et nulle contestation ne l'ébranlait plus au temps de Justinien. Mais dans une période intermédiaire, les Sabiniens enseignèrent énergiquement qu'une chose quelconque, immobilière ou mobilière, pouvait servir de prix; c'était ramener la vente à l'échange, et sacrifier les différences juridiques de ces opérations à leur communauté d'origine économique. Or il est essentiel de distinguer ces deux contrats, puisque le premier est consensuel, et le second innommé. Les Proculiens devaient donc triompher, parce qu'en exigeant un prix monnayé pour constituer la vente, ils fournissaient l'infaillible moyen de reconnaître l'acheteur et le vendeur, et de les maintenir l'un et l'autre dans leurs situations si diverses (f. 1, p. 1, *Dig.*, 18-1; f. 5, p. 1, *Dig.*, 19-5; C. 3, C. 7, *Cod.*, 4-64).

2° *Certain.* — Le prix doit être certain, *certum pretium;* en d'autres termes, il faut que le contrat le rende désormais indépendant de la volonté des parties, c'est-à-dire le détermine, ou règle la manière de le déterminer. Ainsi le prix peut être certain, sans qu'on en connaisse le chiffre arithmétique, par exemple, *quantum in arcâ habeo*. A l'inverse, le prix n'est pas certain ni la vente valable, quand la fixation en est abandonnée à l'une des parties, ou confiée à la sagesse d'une tierce personne qu'elles se réservent de choisir plus tard (f. 7 pr., p. 1, *Dig.*, 18-1; f. 25, *Dig.*, 12-2).

Pour l'hypothèse très-régulière où le contrat investit de ce rôle un tiers actuellement et individuellement désigné, Justinien tranche avec raison d'anciennes controverses, et déclare la vente conditionnelle; la condition sera que le tiers indiqué puisse et veuille fixer le prix (*Inst.*, p. 1, *hic;* C. 15, *Cod.*, 4-38).

Réel et sérieux. — 3° Le prix doit être réel et sérieux, *verum pretium;* fictif ou seulement dérisoire, il transforme la vente en donation (C. 3, 9, *Cod.*, 4-38).

On verra plus loin qu'il ne faut pas confondre le prix sérieux avec le juste prix.

346. **Influence des arrhes et de l'écrit.** — La vente est *perfecta*, c'est-à-dire formée, définitive et productive d'obligations, dès l'instant même où les parties, déterminées à s'engager réciproquement, s'accordent sur la chose et sur le prix. Il n'en peut être autrement, puisque la vente figure au nombre des contrats consensuels (*Inst.*, pr. *hic*).

De l'écrit. — Justinien modifie cette règle dans la vente par écrit, c'est-à-dire pour le cas où l'intention des parties est de rédiger un écrit. Dans cette hypothèse, l'accord des volontés ne suffit plus à parfaire le contrat; tant que l'acte n'est pas dressé, signé des contractants, et même, s'il est public, signé des *tabularii* qui le reçoivent, il n'y a qu'un projet que chaque partie peut abandonner impunément. Le but de l'empereur était ici de prévenir les procès. Cette décision, étendue par Justinien à toute espèce de contrats, n'aboutit point à faire de la vente un contrat littéral; la perfection de l'écrit est seulement une condition suspensive.

Des arrhes. — Dans la pratique, en attendant l'exécution, l'une des parties remet parfois des arrhes à l'autre. Elles consistent d'habitude en une somme d'argent, et c'est le plus souvent l'acheteur qui les donne. Au temps des jurisconsultes classiques, elles ont en thèse générale pour but et pour effet de prouver le contrat, non de le former; elles ne sont que le signe de l'entente définitive, *argumentum emptionis*, et son obligation une fois exécutée, le contractant qui les a données les impute sur le prix ou les répète, soit par l'action de la vente, soit par une *condictio sinè causâ.*

Mais, à l'époque de Justinien, les arrhes changent de caractère. Elles ne sont plus un moyen de preuve, mais un moyen de dédit; l'acheteur en les perdant, ou le vendeur en les restituant au double, est maître de se départir du contrat, *recedere ab emptione*. Cette innovation est applicable aux ventes sans écrit comme aux ventes faites ou à faire par écrit, *sive in scriptis, sive sinè scriptis ;* tel est le langage formel d'une constitution de Justinien, littéralement reproduite à cet égard par les Institutes. Cet accord des deux textes

doit nécessairement prévaloir sur des obscurités de rédaction qu'on reproche au même passage des Institutes, et qui proviennent surtout d'une copie maladroite de la règle posée pour d'autres siècles par Gaïus (*Inst.*, pr., *hic;* C. 171, *Cod.*, 4-21).

SECTION DEUXIÈME

EFFETS DE LA VENTE.

347. La vente, en sa qualité de contrat, ne peut transférer par elle-même aucun droit réel; elle produit seulement des obligations à la charge des deux parties, *ultrò citròque*. L'acheteur est armé de l'action *empti*, *ex empto;* le vendeur, de l'action *venditi*, *ex vendito*.

§ I

Obligations du vendeur.

Sur le vendeur pèsent deux obligations principales, que l'analyse décompose en plusieurs autres. Il doit : 1° s'abstenir de tout dol, *purgari dolo malo;* 2° faire avoir la chose à l'acheteur, *rem præstare habere licere*.

Obligation de s'abstenir de tout dol.

348. La bonne foi du vendeur est la règle essentielle de la vente, et l'on y doit rattacher de remarquables conséquences. Il a toujours été de mode d'enseigner que le vendeur n'est pas tenu, dans la loi romaine, de transférer la propriété, et qu'il lui suffit de procurer à l'acheteur la paisible et libre possession de la chose. Ainsi présentée sans distinction, cette doctrine reproduit inexactement la conception qu'eurent de la vente les lois et les jurisconsultes de Rome. Trois observations vont en fournir la preuve.

A. *Du cas où le vendeur est propriétaire.* — Le vendeur, obligé à rester exempt de dol, doit transférer à l'acheteur tous ses droits sur la chose, conséquemment la propriété quand il l'a. Car, en la gardant, il tromperait l'intention manifestée par le contrat, ce qui serait un dol. Des textes péremptoires confirment ce raisonnement. 1° Paul dit expressément que le vendeur est tenu de livrer ou de manciper la chose ; en d'autres termes, il ne peut se contenter de la simple tradition, quand elle ne suffit pas à transférer la propriété ; il lui faut employer à sa place la *mancipatio* ou l'*in jure cessio*

pour les *res mancipi*. 2° D'un autre côté, Gaius indique à l'acheteur un moyen d'arriver à la translation de propriété de la chose vendue, sans en obtenir du même coup la possession qu'il ne désire pas encore; ce jeu de procédure, qu'on appréciera plus tard sous le nom de *præscriptio de fundo mancipando*, suppose clairement que l'engagement de rendre l'acheteur propriétaire est distinct, pour le vendeur, de l'engagement de procurer la possession. 3° Enfin les Institutes imposent au vendeur la nécessité de céder à l'acheteur son action en revendication, c'est-à-dire ce qui lui reste de la propriété, quand la chose a été volée sans sa faute (*Paul*, I, t. XIII, p. 4; *Gaius*, IV, 131; *Inst.*, p. 3, *hic*).

B. *Du cas où le vendeur vend de mauvaise foi la chose d'autrui.* — Le vendeur qui vend sciemment la chose d'autrui, et qui n'en avertit pas l'autre contractant, viole par ce fait même son obligation de s'abstenir de dol. Aussi l'action *ex empto* est-elle immédiatement ouverte à l'acheteur, avant toute éviction ou trouble, et le recours ultérieur en garantie devient-il impossible par la perte fortuite de la chose (f. 30, p. 1, *Dig.*, 19-1; f. 21, *Dig.*, 21-2).

C. *Du cas où le vendeur vend de bonne foi la chose d'autrui.* — Au contraire, quand le vendeur vend la chose d'autrui sans le savoir, ou qu'il en avertit l'autre contractant, il n'est coupable d'aucun dol. L'acheteur ne saurait le poursuivre actuellement à raison de l'obligation *purgari dolo malo* qui n'est pas violée, et n'aura l'action *empti* qu'après la violation du second engagement principal du vendeur, c'est-à-dire après une éviction ou trouble. En ce sens, rien qu'en ce sens, on peut dire que la vente de la chose d'autrui est valable dans le droit romain, et que le vendeur n'est pas obligé à transférer la propriété de la chose vendue. Tous les textes, d'où l'on a voulu conclure en général que le vendeur doit uniquement la jouissance à l'acheteur, ne visent au fond que cette hypothèse spéciale (f. 25, p. 1, *Dig.*, 18-1).

Obligation de faire avoir la chose.

L'obligation de faire avoir la chose, *rem præstare habere licere*, se décompose en deux; le vendeur doit *livrer* et *garantir*.

349. — **Obligation de livrer.** — L'obligation de livrer s'exécute par toutes les formes possibles de la tradition, depuis la remise effective jusqu'au constitut possessoire. Mais une simple remise matérielle ne libère nullement le vendeur; il est tenu de fournir la

possession libre, *vacua possessio*, c'est-à-dire de mettre l'acheteur au-dessus de toute entreprise qui lui disputerait la possession par le moyen d'un interdit (f. 2, p. 1 ; f. 3 ; f. 11, p. 13, *Dig.*, 19-1).

Avec la chose, le vendeur doit livrer : 1° les accessoires qui s'y trouvent tacitement attachés, d'après l'intention probable des parties ou d'après les usages ; 2° les fruits et produits qu'elle a donnés, depuis le jour du contrat, s'il n'y a clause contraire ; car ils sont représentés par les intérêts du prix dans la vente pure et simple, et par la surélévation du prix dans la vente à terme ; la question offrira plus de difficultés pour la vente conditionnelle (f. 14 à 18 ; f. 47, 49, *Dig.*, 18-1 ; *Paul*, II, t. XVII, p. 7 ; *Fragm. Vat.*, 15).

Par une conséquence nécessaire de son obligation de livrer, le vendeur est gardien de la chose jusqu'à la tradition ; il répond de la *culpa levis in abstracto*, c'est-à-dire de toutes les fautes que ne commettrait pas un bon père de famille (f. 3, 11, *Dig.*, 18-6).

350. **Obligation de garantir. — Garantie de l'éviction.** — Le vendeur n'est pas quitte de son obligation *rem habere licere*, en livrant à l'acheteur la *vacua possessio* ; il doit en outre l'y maintenir. Cette nouvelle face des devoirs du vendeur, c'est la garantie. Elle n'est pas spéciale à la vente ; car elle pèse sur tous les débiteurs à titre onéreux de corps certains, et justifie la promesse *de evictione* qu'on a le droit de leur imposer. Mais l'obligation de garantie présente dans la vente ce caractère propre, qu'elle existe sans clause expresse, et qu'elle ne se borne pas nécessairement à réparer le dommage causé ; elle peut avoir un effet préventif.

A l'inverse, l'obligation de garantie n'est pas de l'essence de la vente, et cesse par l'effet d'une convention formelle, soit spéciale à des cas déterminés d'éviction, soit générale et sans distinction. Le vendeur est alors autorisé à retenir le prix (f. 11, p. 18, *Dig.*, 19-1).

On a défini l'éviction *rei emptæ ablatio per judicem jure facta*. C'est le fait de perdre la chose en vertu d'une sentence rendue sur le fond, ou de ne la conserver que par l'effet d'un titre nouveau. L'acheteur est donc évincé, soit qu'il échoue comme demandeur ou défendeur à la revendication, soit qu'il reste possesseur à la suite d'un arrangement pris avec le tiers réclamant. Le vendeur, en qualité de garant, doit le mettre à l'abri de tels événements, ou l'en indemniser.

351. A. *Des actions attachées à la garantie.* — L'obligation de ga-

rantie a l'action *ex empto* pour sanction naturelle. Mais de bonne heure, dans les ventes d'esclaves, les édiles prescrivirent de stipuler en vue de l'éviction une peine pécuniaire, ordinairement le double du prix. Cette promesse s'étendit aux autres ventes importantes, et finit par devenir obligatoire, en ce sens qu'il fallut une convention expresse pour en dispenser le vendeur. De plus, omise au moment du contrat, l'acheteur put l'exiger par l'action *ex empto*, ou mieux encore la tenir pour sous-entendue. Il faut donc établir, en définitive, que l'acheteur évincé se trouve toujours armé de l'action *ex empto*, et le plus souvent aussi de l'action *ex stipulatu duplæ* (C. 6., *Cod.*, 8-45; f. 2, f. 37, *Dig.*, 21-2; *Paul*, II, t. XVII, p. 2; *Fr. Vat.*, 8).

351 *bis*. B. *Des conditions de leur exercice*. — Certaines conditions sont exigées indistinctement pour l'une ou l'autre de ces actions.

Conditions communes. — 1° L'éviction doit avoir pour cause le manque de droit du vendeur. En d'autres termes, il faut que le vendeur ait livré une chose que lui-même ou quelqu'un de ses prédécesseurs, avant ou depuis la vente, avait aliénée au profit d'un tiers. Par conséquent, si l'éviction provient de l'erreur, de l'injustice ou de la vénalité du juge, c'est au juge que l'acheteur devra s'en prendre; aucun recours ne lui est ouvert contre le vendeur (*Vat. Fr.*, 8, 10; f. 51, *Dig.*, 21-2).

2° L'acheteur doit n'avoir pas connu la cause d'éviction au moment du contrat; sinon elle serait mise à ses risques, hors le cas de clause contraire. On irait même jusqu'à lui refuser la répétition du prix; en dépit d'une controverse qu'on a tentée sur ce point, cette règle est certaine (C. 9, C. 27, *Cod.*, 8-45).

3° L'acheteur doit n'avoir aucun reproche à se faire. Parmi les nombreuses conséquences de ce principe, il faut mentionner que l'acheteur poursuivi est tenu d'appeler son vendeur en cause, avant que l'affaire soit en état; autrement il encourt une déchéance, justifiée par cette considération que le vendeur aurait pu lui indiquer de bons moyens de défense. Ce devoir de *denunciatio* ne cesse qu'en présence d'une convention formelle ou si le vendeur le rend inexécutable, par exemple en se cachant (f. 29, p. 2; f. 55, p. 1; f. 56, p. 4-6; f. 63, *Dig.*, 21-2).

4° L'acheteur doit avoir intérêt à se prévaloir de l'obligation de garantie. La perte fortuite de la chose dans ses mains, avant toute

tentative de l'en dépouiller, rend donc l'éviction impossible et donne sécurité au vendeur (f. 21, *Dig.*, 21-2).

Conditions spéciales à l'action ex stipulatu. — Outre ces qutrae conditions qu'elle partage avec l'action *empti*, l'action *ex stipulatu* en requiert trois autres qui lui sont propres.

1° L'éviction doit provenir d'une sentence judiciaire, qui tranche la question de droit contre l'acheteur, et qui lui enlève directement et définitivement la chose ou sa valeur. Cette sentence interviendra d'habitude sur une action réelle en revendication; il n'importe nullement qu'elle frappe l'acheteur en personne ou ses ayants cause, soit généraux, soit à titre particulier. Elle le dépouille de la chose elle-même ou de sa valeur, *corpus aut pecuniam*, suivant qu'il est forcé de la restituer en nature ou d'en payer l'estimation; on appréciera plus tard cette différence dans l'étude de la revendication (f. 21, p. 2; f. 22, p. 1; f. 34, p. 1; f. 35, etc., *Dig.*, 21-2).

Cette première particularité se rattache étroitement à l'étymologie du mot *evictio* (*ex vincere*, expulser par une victoire judiciaire). Elle assigne à l'action *ex stipulatu* une application moins large qu'à l'action *empti*. Car si l'acheteur conserve la chose en vertu d'un titre nouveau, ou comme ayant cause ultérieur du propriétaire, il sera préservé d'une défaite en justice, et ne pourra plus se prévaloir que de la seconde de ces actions (f. 9, 24, 29, *Dig.*, 21-2).

2° Au jour de la sentence, l'acheteur doit avoir rempli toutes les conditions qui lui eussent procuré la propriété, si son titre fût émané du propriétaire. Autrement dit, il faut qu'il y ait eu tradition ou mancipation de la part du vendeur, et payement du prix ou satisfaction quelconque de la part de l'acheteur. Sinon le jugement n'enlèverait aucun droit précis à ce dernier, qui ne pourrait user que de l'action *empti* (Paul, II, t. XVII, p. 1, 3).

3° La sentence doit porter sur la chose principale tout entière. Pour parler plus net, ni l'éviction partielle ni l'éviction des accessoires ou produits n'accomplissent la condition suspensive de l'*actio ex stipulatu;* elles ne donnent ouverture qu'à l'action *empti* (f. 5; 8; 16; 42; 43; 56, p. 2, *Dig.*, 21-2).

351 *ter.* C. *De leur nature et de leurs effets.* — L'action *ex stipulatu*, née du contrat unilatéral de stipulation, est *stricti juris;* l'action *ex empto*, née du contrat synallagmatique de vente, est *bonæ fidei*.

De là naissent deux séries de règles opposées, qui seront décrites dans la comparaison générale des actions de droit strict et de bonne foi. En attendant, il en sort ici d'intéressants contrastes.

L'action *ex stipulatu* ne laisse au juge aucune liberté d'appréciation; y a-t-il ou n'y a-t-il pas éviction? c'est la seule question qu'il ait à résoudre. L'action *empti* lui attribue, au contraire, la faculté de peser les faits en conscience et d'en écarter la logique brutale, si l'équité l'y invite.

En outre, l'action *ex stipulatu* est *certa*, c'est-à-dire a pour objet une somme fixe, ordinairement le double, quelquefois le triple ou le quadruple du prix; le juge n'y peut rien ajouter ou retrancher; cette voie procure donc un bénéfice ou fait subir une perte à l'acheteur, selon que le montant de sa stipulation s'élève au-dessus ou reste au-dessous de l'intérêt qu'il avait à n'être pas évincé. Au contraire, par l'action *empti*, l'acheteur obtient exactement *id quod interest*, la réparation du préjudice causé par l'éviction. En conséquence, il recouvre d'abord la valeur de la chose à cet instant, valeur inférieure ou supérieure au prix de vente. De plus, il a droit à la valeur des fruits et de toutes les acquisitions par lui réalisées à l'occasion de la chose, et que l'éviction lui enlève. Enfin le vendeur devra lui rembourser les impenses qu'il n'aura pu, suivant les principes généraux, réclamer au propriétaire (f. 8, 70, *Dig.*, 21-2; f. 45, p. 1, *Dig.*, 19-1; C. 9, 23, *Cod.*, 8-45).

En deux mots, les réparations à donner sur l'action *empti* s'apprécient au jour de l'éviction, tandis que le juge de l'action *ex stipulatu* ne doit rien changer à la somme déterminée lors du contrat. Mais, en vertu des règles de la stipulation pénale, l'acheteur reste maître, après l'action *ex stipulatu*, d'intenter l'action *empti* pour ce qu'elle fait obtenir de plus.

Quand la promesse du double est sous-entendue dans le dernier état du droit, l'action *empti* suffit à l'acheteur pour obtenir le double; mais il est toujours prudent de joindre à la vente une stipulation expresse; car le silence pourrait passer pour une renonciation.

L'action *empti* est seule ouverte à l'acheteur évincé pour partie. L'éviction est-elle d'une part indivise? l'indemnité se calcule *pro quantitate;* par exemple, si cette part est d'une moitié ou d'un tiers de la chose, les dommages-intérêts seront d'une moitié ou d'un tiers de la valeur totale de la chose lors de l'éviction. Au contraire,

est-elle d'une part divise? l'indemnité se calcule *pro qualitate*, c'est-à-dire en estimant la part évincée, comme si elle eût été vendue seule (f. 1, *Dig.*, 21-2).

352. **Garantie des servitudes passives.** — Sans vendre la chose d'autrui, on peut vendre une chose grevée d'un ou de plusieurs droits réels au profit de tiers. Si le cas n'a pas été prévu dans le contrat, le vendeur doit-il garantie, par application des règles précédentes, au moyen des actions *ex empto vel ex stipulatu*? La négative est admise en principe, à moins: 1° que le vendeur n'ait expressément vendu un fonds comme franc et quitte de toute servitude prédiale, *uti optimus maximusque*; 2° qu'il ne s'agisse d'un de ces droits réels dont l'exercice supprimerait nécessairement la jouissance de l'acheteur; tel serait le cas de l'usufruit, de l'hypothèque (f. 34, p. 2; f. 48; f. 62, p. 2; f. 75, *Dig.*, 21-2; f. 35, *Dig.*, 19-1).

353. **Responsabilité pour vices de la chose.** — Les édiles curules comblèrent certaines lacunes du vieux droit civil et de la jurisprudence. Leur édit, restreint dans son texte aux ventes d'esclaves, de bêtes de somme et de troupeaux, fut étendu par l'interprétation à toute espèce de ventes immobilières ou mobilières (f. 1; f. 63, *Dig.*, 21-1).

Deux grands principes s'en dégagent:

1° *Défaut de déclaration des vices graves.* — Le vendeur qui ne déclare pas les vices graves de la chose peut en être responsable. Cette responsabilité suppose que le vice existait avant la vente, n'a pas disparu depuis, et n'était ni apparent ni connu en fait de l'acheteur. Une fois encourue, sa responsabilité expose le vendeur à l'une ou l'autre de deux actions édilitiennes, qui ne peuvent se cumuler: 1° l'une, appelée *redhibitoria*, tend à résoudre la vente, est éteinte au bout de six mois utiles, et s'épuise définitivement par son triomphe; 2° l'autre, appelée *quanti minoris* ou *æstimatoria*, ne poursuit qu'une réduction plus ou moins forte du prix, dure une année utile, et se renouvelle librement à chaque découverte d'un nouveau vice. Il est clair qu'une aliénation totale ou partielle de la chose met l'acheteur dans l'impossibilité d'exercer la première de ces deux actions.

Lossque le vendeur a connu le défaut qu'il n'a point déclaré, la violation de son obligation *purgari dolo malo* investit en outre l'acheteur de l'action *empti*, par application des règles du droit civil

sur la vente; cette action a sur les deux précédentes l'avantage d'être perpétuelle. On finit par la donner même contre le vendeur de bonne foi, mais en la réduisant alors à la durée des actions édilitiennes (C. 2, *Cod.*, 4-58).

2° *Promesse d'indemnité pour tous vices non déclarés.* — Le vendeur est obligé de promettre indemnité pour tous les vices, connus ou ignorés de lui, qu'il ne déclare pas. Le refus de cette promesse le place immédiatement sous le coup de l'*actio redhibitoria* pour deux mois continus, et de l'action *quanti minoris* pour six mois continus. Quand la promesse est faite, l'acheteur a le choix entre les actions édilitiennes et l'action *ex stipulatu*. Celle-ci lui assure dans tous les cas une indemnité complète, et, dans l'hypothèse spéciale d'une vente d'esclaves, le double du prix comme s'il y avait éviction. Rien ne prouve que cette dernière pratique ait été généralisée (f. 58, p. 1, *Dig.*, 21-1).

Quant aux déclarations et promesses que le vendeur avait spontanément faites à propos des vices ou qualités de la chose, il va de soi que le droit civil l'en reconnut responsable de tout temps. Les édiles donnaient quand même à l'acheteur les actions *redhibitoria* et *quanti minoris*, lorsqu'il les préférait à l'action *empti* (f. 18; f. 19, p. 2, *Dig.*, 21-1).

Conclusion générale.

354. Tel est donc le tableau d'ensemble des obligations du vendeur. Si les interprètes ont souvent refusé d'y comprendre le devoir de transférer la propriété, c'est faute d'une analyse assez attentive. Car la chose vendue est-elle *nec mancipi*? dire que le vendeur en doit la tradition revient alors à dire qu'il en doit la propriété. Et dans les ventes de *res mancipi*, la nécessité pour le vendeur de *purgari dolo malo* conduit à des résultats analogues, lorsqu'il est propriétaire, ou que la propriété lui fait défaut à son escient. Par conséquent, le droit romain, sans distinguer ni spécialiser l'obligation de transférer la propriété, la renferme dans l'une ou l'autre des deux grandes obligations du vendeur. Un cas très-rare échappe seul à ce dilemme; c'est lorsque la chose d'autrui est vendue de bonne foi. La vente en demeure alors valable, dans ce sens que l'acheteur, irrecevable à poursuivre du chef de l'obligation *purgari dolo malo*, est forcé d'attendre, pour se plaindre, l'éviction ou le trouble, c'est-à-dire la violation de l'obligatino *rem præstare habere licere*.

§ II

Obligations de l'acheteur.

335. L'obligation principale de l'acheteur est de payer le prix convenu. Mais ce payement ne consiste pas dans une simple remise des deniers, et nécessite absolument la translation de propriété. La dette de l'acheteur a donc pour objet un *dare* (f. 11, p. 2, *Dig.*, 19-1 ; f. 1, *Dig.*, 19-4).

De même que le vendeur n'est pas tenu de faire tradition à l'acheteur qui n'offre pas le prix, de même l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix au vendeur qui ne fait pas tradition ; cette corrélation suppose, bien entendu, qu'un terme n'a pas été accordé à l'une ou l'autre des parties. En conséquence, chaque contractant jouit contre l'autre d'un droit de rétention (f. 13, p. 8 ; f. 25, *Dig.*, 19-1).

Bien mieux, le vendeur eût-il offert ou réalisé la tradition, l'acheteur qui a juste sujet de craindre une éviction peut refuser le payement du prix. Si le danger provient de ce fait qu'un tiers est propriétaire de la chose, ou titulaire d'une servitude qui la grève, l'acheteur n'a la faculté de retenir le prix qu'en supposant ce droit du tiers déjà manifesté dans la pratique, *quæstio mota*. Si le danger provient d'une hypothèque, l'acheteur peut refuser le prix jusqu'au dégrèvement. Du reste, tout au moins depuis une constitution de Dioclétien, le vendeur est maître d'obtenir le payement quand même, s'il fournit des garanties suffisantes (C. 5, C. 24, *Cod.*, 8-45 ; *Vat. Fr.*, 12).

Outre son obligation essentielle, l'acheteur est tenu de quelques obligations accessoires, que l'équité déduit de son droit aux fruits. C'est ainsi qu'à partir de la vente, il doit l'impôt foncier et le remboursement des impenses faites de bonne foi par le vendeur. Depuis la tradition, il doit sans mise en demeure les intérêts du prix. Il doit enfin prendre livraison au jour indiqué (*Fr. Vat.*, 2 ; *Paul*, II, t. XVII, p. 9 ; f. 13, p. 20, *Dig.*, 19-1 ; C. 13, 16, *Cod.*, 4-49).

SECTION TROISIÈME.

MODALITÉS PRINCIPALES DE LA VENTE.

Si la stipulation comporte des modalités, à plus forte raison en est-il de même de la vente (*Inst.*, p. 4, *hic*).

Quant au terme, il suffit de rappeler l'influence qu'il exerce sur l'effet translatif de la *traditio rei venditæ* (n. 167).

§ I

De la condition suspensive.

356. Les Institutes donnent l'exemple d'une vente à l'essai, *ad comprobationem*, c'est-à-dire subordonnée à la condition que la chose vendue sera du goût de l'acheteur : une telle clause a son utilité pour les objets dont les qualités ou les défauts n'éclatent pas à première vue. Il est probable qu'en fait la vente à l'essai fixait toujours à l'acheteur un délai pour se prononcer ; sinon, il eût pu tenir indéfiniment le vendeur à sa discrétion. Mais l'absence de cette précaution annulait-elle le contrat ? L'affirmative n'est pas absolument certaine (f. 4, p. 2, *Dig.*, 18-6 ; f. 7, *Dig.*, 18-1; C. 13, *Cod.*, 4-38).

Le propre de la condition suspensive dans la vente, comme dans le louage, c'est d'affecter nécessairement les deux obligations, ne fût-elle apposée qu'à l'une d'entre elles. Car il ne peut y avoir de vendeur sans acheteur, ni d'acheteur sans vendeur. Puisque les deux dettes se servent réciproquement de cause, toute condition suspensive les affecte ensemble, soit pour leur donner naissance en s'accomplissant, soit pour les tuer dans leur germe en défaillant. La tradition qui aurait lieu *pendente conditione* ne serait pas translative de propriété; dans la même période l'acheteur n'usucaperait pas, et serait admis à répéter le prix payé par erreur.

Si la condition s'accomplit, elle produit les conséquences générales qui nous sont déjà connues (*suprà*, n. 293). Mais faut-il, en vertu de son effet rétroactif, attribuer à l'acheteur les fruits que la chose a donnés *pendente conditione ?* Les textes les laissent formellement au vendeur, *fructus medii temporis venditoris sunt*. Cette décision n'a rien de choquant; la rétroactivité de la condition accomplie amène bien à considérer, en droit, les rapports d'obligation comme noués dès l'origine; mais elle n'empêche pas qu'en fait l'exécution n'en ait été reportée au temps de l'accomplissement (f. 8, *Dig.*, 18-6).

§ II

De la condition résolutoire.

357. Dans le langage romain, lorsque la vente est affectée d'une

condition résolutoire, elle reste pure et simple, et les deux parties peuvent en poursuivre immédiatement l'exécution ; la résolution seule est conditionnelle. *Pura emptio, quæ sub conditione resolvitur* (f. 2, *Dig.*, 18-2).

Principaux exemples. — Parmi les principaux exemples de conditions résolutoires dans la vente, on doit signaler :

1° Le *pactum displicentiæ*, nouvelle forme de vente à l'essai, qui subordonne le maintien du contrat à la condition que la chose vendue ne cessera pas de plaire à l'acheteur, dans un délai quelconque ou déterminé. Cette clause, plus souple que le droit des édiles, rend superflue toute preuve de vices (f. 3, *Dig.*, 18-1 ; C. 4, *Cod.* 4-58).

2° Le *pactum de retrò vendendo*, pacte de réméré, qui procure au vendeur le même service que le précédent à l'acheteur ; il lui permet de résoudre le contrat et d'exiger la restitution de sa chose, dans un temps préfix ou quand il voudra, sous la seule charge de restituer lui-même le prix (C. 2, *Cod.*, 4-54).

3° L'*addictio in diem ;* cette clause réserve au vendeur la faculté de vendre la chose à tout autre acheteur qui, dans un délai déterminé, lui proposerait de meilleures conditions, telles qu'un prix plus élevé, un terme plus proche, des garanties plus sûres, etc. Elle n'opère pas de plein droit, car le vendeur peut refuser les offres nouvelles, et l'acheteur, s'il lui convient de les réaliser lui-même, est maître de conserver ainsi la chose en vertu d'une seconde vente (*Dig.*, 18-2).

4° La *lex commissoria;* c'est la convention que la vente sera résolue, si l'une des parties contrevient à son obligation. Dans l'usage, on la fait le plus souvent au profit du vendeur ; elle lui donne le choix de résoudre le contrat, ou de l'exécuter en poursuivant le prix ; son option est irrévocable, une fois manifestée par une action en justice (*Dig.*, 18-3).

257 *bis*. **Effets de la condition résolutoire.** — Lorsque la condition résolutoire vient à défaillir, le contrat reste définitivement pur et simple. Mais s'accomplit-elle au contraire ? alors de deux choses l'une, ou bien le contrat n'avait pas reçu d'exécution, et les obligations qu'il a produites sont désormais éteintes ; ou bien l'exécution avait précédé la résolution, et ce dernier cas, plus ordinaire que les autres, soulève une triple question.

A. *Effets sur les obligations.* — L'accomplissement de la condi-

tion résolutoire oblige l'acheteur à restituer la chose, *rem*, avec ses accessoires, *cum omni causâ*. Les accessoires comprennent ici : 1° tous les bénéfices procurés à l'acheteur par la vente, notamment les fruits qu'il a perçus depuis la tradition et les actions qu'il a pu acquérir à l'occasion de la chose ; 2° le préjudice quelconque qu'il a causé au vendeur, par exemple les détériorations provenues de son fait (f. 4, p. 4 ; f. 6 ; f. 14, p. 1, *Dig.*, 18-2).

De son côté, le vendeur doit la restitution du prix ou de la portion qu'il en a touchée, et le remboursement des impenses nécessaires de l'acheteur, peut-être aussi des impenses utiles. Quant aux intérêts du prix, il en est certainement redevable, malgré le silence des textes ; ces intérêts, en effet, représentent l'équivalent des fruits qui lui retournent. Exceptionnellement, si la vente est résolue en vertu d'une *lex commissoria*, le vendeur ne rend rien ; car la résolution n'est imputable qu'à l'acheteur, dont on adoucit alors la situation rigoureuse en le dispensant de la restitution des fruits (f. 16, *Dig.*, 18-2 ; f. 4, p. 1 ; f. 6, *Dig.*, 18-3).

Pour la poursuite de ces obligations réciproques, on reconnut la nécessité d'accorder aux parties une action contractuelle. Les Sabiniens donnaient l'action même de la vente, *empti* ou *venditi* ; ils la fondaient sur le principe que tout pacte, fait au moment de la formation d'un contrat de bonne foi, en devient partie intégrante et participe à sa force obligatoire, fût-ce pour le dissoudre. Les Proculiens, fidèles à leur tendance accoutumée, donnaient l'action *præscriptis verbis*, car pour eux la vente, une fois résolue, laissait apparaître à sa place un contrat innommé, qui s'était formé par une aliénation consentie sous la charge d'une retranslation ultérieure. Les rescrits impériaux permirent le choix entre ces deux sortes d'actions (f. 6, p. 1, *Dig.*, 18-1 ; f. 6, *Dig.*, 18-5 ; C. 2, *Cod.*, 4-54).

B. *Effets sur la propriété*. — Dans le tableau précédent, il n'y a d'effacé que le contrat en lui-même ; mais tant que l'acheteur n'a pas exécuté son obligation de restituer la chose, il en reste propriétaire, et le vendeur n'en recouvre pas la propriété par le seul accomplissement de la condition résolutoire. C'est l'application de la grande règle du pur droit romain, que la propriété ne peut être transférée *ad tempus* (*suprà*, n° 147 *bis*).

Cette ancienne doctrine, en n'ouvrant au vendeur qu'une action de créance, l'exposait à de graves inconvénients. Car il se trouvait

désarmé contre les constitutions de droits réels ou les aliénations consommées par l'acheteur sur la chose ; fût-elle même restée libre dans ses mains, ce dernier pouvait être insolvable, et le vendeur subissait alors la douloureuse nécessité de venir en concours avec d'autres créanciers sur le prix de son bien. Aussi, vers la fin de l'époque classique, deux jurisconsultes proposèrent-ils, au cas où la condition résolutoire était établie dans l'intérêt du vendeur, de tenir la propriété pour résolue de plein droit en même temps que la vente. Ulpien se fit le champion, timide encore, de cette innovation, qui n'avait pas été complétement étrangère à Marcellus ; et l'on doit la considérer comme définitivement victorieuse au temps de Justinien (f. 41, *Dig.*, 6-1 ; f. 29, *Dig.*, 39-6 ; cf. *Vat. Fr.*, 283 et C. 2, *Cod.*, 8-55).

Dès lors, par le seul accomplissement de la condition résolutoire, l'acheteur perd la propriété, le vendeur la recouvre, et l'action en revendication passe du premier au second. Ce résultat s'opère d'ailleurs sans effet rétroactif ; cette remarque n'intéresse aucunement les actes faits par l'acheteur, qui sont en toute hypothèse effacés du même coup que sa propriété ; car il n'a pu transmettre plus de droit qu'il n'en avait. Mais le défaut de rétroactivité signifie que les aliénations totales ou partielles, consenties par le vendeur depuis la tradition jusqu'à l'événement de la condition résolutoire, demeurent inefficaces (f. 4, p. 3, *Dig.*, 18-2).

Il ne faut pas croire, du reste, que la nouvelle théorie ait supprimé pour le vendeur toute l'utilité de l'action personnelle *venditi* ou *præscriptis verbis*. D'abord la revendication n'appartient qu'au vendeur qui avait la propriété lors de la tradition ; car on ne concevrait pas qu'il redevînt propriétaire sans l'avoir jamais été ; cette restriction vise surtout l'hypothèse où l'acheteur a usucapé *pendente conditione*. Ensuite, la revendication ne saurait procurer au vendeur les restitutions ou les indemnités qui lui sont dues en vertu de faits antérieurs à la résolution ; les pouvoirs du juge de cette action ne remontent jamais au delà du jour qui a vu le demandeur acquérir ou recouvrer le *dominium*.

La retranslation *ipso jure* de la propriété ne s'attache avec certitude qu'à celles des conditions résolutoires qui sont consenties dans l'intérêt exclusif du vendeur, comme la *lex commissoria*, l'*addictio in diem*, etc. Il est seulement probable que les auteurs l'étendirent aux conditions résolutoires dont les deux parties pou-

vaient se prévaloir. Mais il n'eût pas été logique d'en investir les résolutions organisées au profit de l'acheteur seul, et les textes y résistent (f. 3, *Dig.*, 20-6).

C. *Effets sur la possession.* — Le vendeur, redevenu ou non propriétaire par l'accomplissement de la condition, n'en a pas moins cessé de posséder pendant toute la durée de la possession de l'acheteur. D'un autre côté, l'acheteur n'a pu posséder pour le compte du vendeur, puisqu'il avait lui-même l'*animus domini*. De là sort un problème intéressant. Supposons qu'une usucapion, commencée par le vendeur avant la vente, n'ait pas été consommée par l'acheteur ; le vendeur demeuré de bonne foi la continue-t-il en reprenant la chose après la résolution? en d'autres termes, peut-il joindre à sa possession actuelle la possession intérimaire de l'acheteur et son ancienne possession? L'affirmative était certaine dans le droit classique ; car le vendeur ne recouvrait la chose qu'en vertu d'une rétrocession, et dès lors avait envers l'acheteur la situation d'un ayant cause ; il suffisait d'appliquer ici les principes de l'*accessio temporis*. Dans le système nouveau, la réponse doit être la même ; car le vendeur invoquera les anciennes règles, puisque la résolution ne peut lui retransférer *ipso jure* une propriété qu'il n'avait pas lors de la tradition. Aussi Justinien a-t-il conservé la décision d'autrefois (f. 19, *Dig.*, 41-3).

SECTION QUATRIÈME

RISQUES DANS LA VENTE.

358. La question des risques ne se conçoit qu'à l'égard de la chose vendue, et dans l'hypothèse où c'est un corps certain. Cette question suppose, en effet, que la chose vendue a subi par cas fortuit ou force majeure une destruction totale ou partielle, dans l'intervalle de la vente à la tradition. On se demande alors si l'acheteur, qui ne reçoit rien ou reçoit un objet détérioré, voit en retour sa dette du prix s'éteindre ou diminuer.

Il faut donc éliminer de la question des risques deux solutions qui lui sont étrangères : 1° si la perte provient de la faute du vendeur, il en est responsable comme gardien de la chose, et l'on connaît déjà l'étendue de cette responsabilité; 2° si les contractants, par une convention formelle, ont mis à la charge du vendeur les cas fortuits ou de force majeure, leur volonté doit natu-

rellement prévaloir ; c'est une clause de ce genre que prévoit Justinien, lorsqu'il dit que le vendeur peut aggraver sa responsabilité de droit commun, en promettant la *custodia* jusqu'à la tradition (*suprà*, n° 350; *Inst.*, p. 3, *hic;* f. 35, p. 4, *Dig.*, 18-1).

En dehors de ces circonstances, sur qui pèsent les risques?

Ventes non conditionnelles. — Dans les ventes non conditionnelles, c'est-à-dire pures et simples ou à terme, les risques de la perte totale ou partielle sont pour l'acheteur, en ce sens qu'i devra quand même payer tout le prix. C'est la pure doctrine romaine; malgré quelques divergences moins réelles qu'apparentes, elle a pour elle l'autorité des textes (*Inst.*, p. 3, *hic;* f. 5, p. 2, *Dig.*, 18-5; f. 11, *Dig.*, 21-2; — C. 6, *Cod.*, 4-48).

On comprend sans peine que l'acheteur subisse les risques de la perte partielle, parce qu'il avait la chance contraire de profiter, sans augmentation de prix, des améliorations et des accroissements survenus à la chose dans l'intervalle de la vente à la tradition. Quant aux risques de la perte totale, il les supporte pour une raison plus générale et qui recouvre les deux cas : c'est que, s'il est nécessaire dans la vente que chacune des parties s'oblige pour obliger l'autre, une fois les deux obligations formées, elles sont indépendantes et distinctes. Dans le cours de leurs destinées divergentes, celle de l'acheteur ne peut s'éteindre par la perte de l'objet, puisque *genera non pereunt ;* celle du vendeur, au contraire. est susceptible de ce mode d'extinction, puisque *debitor liberatur interitu rei debitæ*.

Ventes sous condition suspensive. — Si la vente est sous condition suspensive, et que la condition s'accomplisse, les risques de la perte survenue *pendente conditione* pèsent tantôt sur l'une, tantôt sur l'autre des parties.

L'acheteur supporte la perte partielle, en ce sens qu'il doit tout le prix, pour les motifs précédemment indiqués.

Mais la perte totale est à la charge du vendeur, en ce sens qu'il n'a pas droit au prix. Car au moment où la condition s'est réalisée, elle n'a pu, faute d'objet, donner naissance à l'obligation du vendeur ; par conséquent l'obligation corrélative de l'acheteur n'a pu se former, faute de cause. Opposer ici l'effet rétroactif de la condition serait une pétition de principe ; pour rétroagir, il aurait fallu qu'elle pût agir (f. 14, *Dig.*, 46-2).

Ventes sous condition résolutoire. — Quand la chose vendue

sous condition résolutoire périt ou se détériore *pendente conditione*, et que la condition vient ensuite à défaillir, l'acheteur supporte indubitablement les risques ; car la vente, pure et simple dès l'origine, le restera désormais sans retour. Il est non moins certain que, si la condition s'accomplit, le vendeur subit les risques de la perte partielle, et doit restituer tout le prix en échange de la chose diminuée qu'on lui rend.

Mais, dans le même cas où la condition s'accomplit, la plupart des auteurs infligent à l'acheteur les risques de la perte totale. Cette doctrine signifie que la résolution ne s'opère pas, et que l'acheteur n'a plus aucun droit à retenir ou réclamer le prix. Le vendeur sous condition résolutoire, dit on, a la même position que l'acheteur sous condition suspensive ; car l'un et l'autre sont créanciers conditionnels de la chose. En conséquence, le premier n'a pas à souffrir des risques plus que le second.

Ce raisonnement pêche par la base. Il part du principe que la résolution de la vente est une revente ; mais ce principe n'est pas établi. Dans le cas de condition suspensive, il s'agit de former le contrat, et tout le monde comprend que la formation en soit impossible, s'il n'a plus d'objet à l'avénement de la modalité. Dans le cas de condition résolutoire, il s'agit de détruire le contrat, et personne ne démontre que l'existence de l'objet soit indispensable à cette destruction. Assimiler les deux conditions suspensive et résolutoire, c'est exiger les mêmes éléments pour mourir que pour naître.

De plus, si l'on se place au point de vue prédominant de l'intention des parties, il est clair qu'elles ont entendu revenir, par l'accomplissement de la condition résolutoire, à leur point de départ, qui était l'inexistence de la vente. Or, s'il n'y avait pas eu de vente, c'est manifestement au préjudice du vendeur que périrait la chose.

Enfin les textes ne laissent la perte totale au compte de l'acheteur qu'en l'hypothèse où cette perte entraîne de toute nécessité la défaillance de la condition résolutoire. C'est dire clairement que le vendeur la supporte dans les autres cas. Par conséquent et pour conclure, toutes les fois que la condition résolutoire s'accomplit, les risques de la perte totale ou partielle pèsent sur le vendeur, en ce sens qu'il est sans droit pour exiger ou conserver le prix (f. 2, p. 1 ; f. 3, *Dig.*, 18-2 ; f. 2, *Dig.*, 18-3).

APPENDICE

RESCISION DE LA VENTE POUR LÉSION.

359. On sait déjà qu'il n'y a pas de vente sans un prix réel et sérieux, *sinè vero pretio*. Mais le prix sérieux est loin de se confondre avec le juste prix, qui représente la valeur à peu près exacte de la chose vendue. Il est donc possible qu'en dépit d'une inégalité profonde entre la chose et l'argent que l'acheteur en donne, c'est-à-dire nonobstant un prix vil, la vente reste valable.

Tantôt le vendeur s'est volontairement contenté du prix vil. L'acte est alors vente et donation tout ensemble, et soumis aux règles qu'entraînent ces deux caractères ; mais il se forme, comme une vente, par le simple consentement entre toutes personnes réciproquement capables de se faire des libéralités (f. 38, *Dig.*, 18-1).

Tantôt c'est par nécessité, sous la pression d'un vif besoin d'argent, que le vendeur accepte le prix vil. L'acte est alors une vente sans mélange. Bien que le vendeur s'y trouve lésé, la législation classique ne lui a jamais permis de l'attaquer ; car le droit ne peut défendre aux contractants à titre onéreux de chercher à qui mieux mieux leur avantage dans le contrat, pourvu qu'ils s'abstiennent de dol ; les Romains appellent même *bonus dolus* l'habileté qui réussit à se procurer une bonne affaire juridiquement irréprochable. Tels furent les principes que modifia Dioclétien. Depuis cet empereur, si le prix est inférieur à la moitié de la valeur réelle de la chose, le vendeur peut obtenir la rescision du contrat et recouvrer son bien, en rendant ce qu'il a reçu. L'acheteur échappe d'ailleurs à la rescision, s'il préfère payer tout le supplément du juste prix. Cette conséquence de la lésion d'outre-moitié s'applique indistinctement aux ventes de meubles et d'immeubles. Mais on n'a jamais songé à gratifier l'acheteur du droit à la rescision pour lésion, parce qu'on ne pourrait le fonder, à son égard, sur le même motif de détresse pécuniaire (C. 2, C. 8, *Cod.*, 4-44 ; cf. Cod. civ., art. 1674 et suiv.).

CHAPITRE XXV

DU LOUAGE.

(*Inst.*, III, t. XXIV.)

360. Le nom romain du louage, *locatio conductio*, fait entendre

qu'à l'instar de la vente il est complexe et produit des engagements réciproques. C'est un contrat consensuel, nommé, synallagmatique parfait, de bonne foi, qui engendre pour l'une des parties, moyennant un prix en argent que l'autre doit payer, l'obligation de procurer à celle-ci la jouissance temporaire d'une chose, ou de lui fournir temporairement ses services, ou de faire pour son compte un ouvrage déterminé. Le prix s'appelle *merces*.

Le louage a la plus grande analogie avec la vente, comme le constate Justinien ; mais il en diffère par ce point essentiel, qu'il n'y est jamais question de déplacer la propriété, *non solet locatio dominium mutare* (*Inst*. pr., *hic* ; f. 39, *Dig.*, 19-2).

On distingue trois espèces de louages : 1° le louage de choses, *locatio conductio rei;* 2° de services, *locatio conductio operarum;* 3° d'ouvrage, *locatio conductio operis*.

§ I

Éléments constitutifs du louage en général.

361. Les règles ordinaires de la capacité s'appliquent au louage. Certaines incapacités spéciales y sont attachées ; c'est ainsi que le tuteur ou curateur ne peut prendre à bail les biens de César ni du fisc, avant d'avoir rendu ses comptes ; les militaires ne sont pas admis à devenir fermiers de terres dans la durée du service, ni les *curiales* à devenir locataires d'immeubles (ff. 49, 50, *Dig.*, 19-2 ; C. 30, C. 31, C. 35, *Cod.*, 4-65).

A l'exemple de la vente, le louage se forme, en sa qualité de contrat consensuel, par l'accord des volontés sur l'objet des deux obligations, c'est-à-dire sur le prix et ce qui est loué. Mais il faut étendre au louage les distinctions que fit Justinien entre les ventes par écrit et les ventes sans écrit (*suprà*, n° 346).

Caractères de la merces. — Les caractères de la *merces* du louage reproduisent ceux du *pretium* de la vente :

1° La *merces* doit consister en argent. Supposons que je vous laisse jouir de ma chose, sous la charge que vous me laisserez jouir de la vôtre ; cette convention n'est pas un commodat, puisqu'elle organise une rémunération ; elle n'est pas un louage, puisque la rémunération n'y consiste pas en argent ; elle constitue donc un contrat innommé et produit l'action *præscriptis verbis* (*Gaïus,* III, 144 ; *Inst.*, p. 2, *hic*).

2° La *merces* doit être réelle et sérieuse, *vera*. Lorsqu'elle est fictive, il n'y a pas louage, mais commodat ou donation, suivant l'hypothèse. La rescision pour cause de lésion est d'ailleurs inapplicable ici (f. 46; f. 23, *Dig.*, 19-2).

3° La *merces* doit être *certa*, dans le même sens que le *pretium* (*suprà*, n° 345). Si les parties s'en remettent à l'arbitrage d'un tiers déterminé, Justinien reproduit la décision déjà donnée pour la vente, et subordonne le louage à la condition que le tiers voudra et pourra remplir sa mission. Dans le cas où les parties conviennent de ne fixer le prix qu'une fois la jouissance finie ou le travail exécuté, il se forme, non pas un louage, puisque la *merces* n'est pas *certa*, mais un contrat innommé qui entraîne l'action *præscriptis verbis*. Il existe entre eux cette grave différence, que le louage serait obligatoire dès l'accord de volontés, et que le contrat innommé le devient seulement par l'exécution (*Gaïus*, III, 143; *Inst.*, p. 1, *hic*).

§ II

Du louage de choses.

362. Dans le louage de choses, le bailleur s'appelle *locator* ou *dominus;* on lui donne ce dernier nom alors même qu'il n'est pas propriétaire; car on le répute tel dans ses rapports avec l'autre partie. Le preneur s'appelle *conductor* en général, et spécialement *inquilinus* pour une maison, *colonus* pour un fonds rural.

Objets de la locatio rei. — Ce louage peut avoir pour objet toute chose corporelle, immobilière ou mobilière, pourvu qu'elle soit dans le commerce et considérée comme corps certain. Parmi les choses incorporelles, les servitudes prédiales, l'usage, et jusqu'à Justinien le droit d'habitation, ne sont pas valablement loués à titre principal; mais la location d'un immeuble comprend à titre d'accessoire les servitudes actives dont il est investi (f. 11, p. 2, *Dig.*, 19-2).

On ne peut devenir locataire de sa propre chose, à moins que le *locator* n'y ait un droit productif d'une possession ou quasi-possession opposable au *conductor;* tel est le cas de l'usufruitier et du créancier gagiste (C. 20, *Cod.*, 4-65).

Effets de la locatio rei. — En l'absence de clauses qui règlent les obligations réciproques des parties, les effets du louage sont

déterminés par l'usage et l'équité. Il engendre l'action *locati* en faveur du bailleur, l'action *conducti* en faveur du preneur.

Un principe applicable aux deux contractants, c'est qu'ils répondent de leur dol et de toute espèce de faute, considérée *in abstracto;* car ils sont l'un et l'autre intéressés au contrat (*Inst.*, p. 5, *hic;* C. 28, *Cod.*, 4-65).

363. *A la charge du locator.* — Deux obligations grèvent le bailleur.

A. La première et la principale, c'est de procurer au preneur la jouissance de la chose pour toute la durée du bail, *præstare frui licere*. Ce principe est fertile en conséquences. Car il oblige le bailleur : 1° à livrer la chose avec ses accessoires ; 2° à l'entretenir en bon état de réparations ; 3° à dédommager le preneur des vices, ignorés ou connus du *locator*, qui mettent obstacle à sa jouissance ; 4° à le garantir de toute éviction. Si le preneur est évincé, soit par un propriétaire antérieur au bail, soit en vertu d'une aliénation consentie par le bailleur depuis le contrat, il peut avoir le choix entre deux actions, ou l'action *ex stipulatu* avec ses calculs rigides, ou dans tous les cas l'action *locati* qui lui fait obtenir la réparation complète du préjudice éprouvé, avec la décharge de ses propres engagements pour l'avenir (ff. 7, 8, 9, 15, p. 1 ; 19, p. 2 ; *Dig.*, 19-2).

B. Une seconde obligation du bailleur, plus éventuelle que la précédente, c'est de rembourser au preneur les impenses nécessaires ou utiles qu'il a faites sur la chose (f. 55, p. 1, *Dig.*, 19-2).

363 *bis*. *A la charge du conductor.* — Le preneur supporte de son côté trois obligations.

A. Il doit payer aux termes convenus la *merces*, qui prend souvent dans les textes le nom de *reditus* ou de *pensio*. Les colocataires d'une même chose, s'ils n'ont convenu que la dette se divisera entre eux, sont tenus *in solidum* (C. 13, *Cod.*, 4-65).

B. Hormis le cas d'une perte fortuite, le preneur doit restituer la chose à la fin du bail ; il ne peut s'y dérober même en se prétendant investi du droit de propriété, qu'il sera libre d'invoquer seulement après la restitution (C. 25, *Cod.*, 4-65).

C. Dans le cours de sa jouissance, il doit maintenir la destination de la chose et l'exploiter en bon père de famille (f. 25, p. 3, *Dig.*, 19-2).

364. *Des risques.* — La question des risques est loin de recevoir

dans le louage la même solution que dans la vente; car les obligations du vendeur et de l'acheteur, une fois constituées, deviennent étrangères l'une à l'autre, tandis que les obligations du bailleur et du preneur sont toujours dans un état de corrélation étroite et de mutuelle dépendance.

En effet, le bailleur n'a promis que la jouissance de la chose louée; il est débiteur, non d'un corps certain, mais d'un *facere*, et ne peut se prévaloir de la maxime *debitor rei certæ interitu ejus liberatur*. Sans doute, si la chose louée vient à périr fortuitement, la continuation du fait dû se trouvera désormais irréalisable, et le bailleur n'en sera plus tenu. Mais, en revanche, il ne pourra plus exiger la continuation d'un salaire qui manquerait dorénavant de cause. Bref, du moment que l'obligation de fournir la jouissance est successive, l'obligation de payer la *merces* l'est aussi, et les risques de la perte totale de la chose louée pèsent sur le bailleur. On va même jusqu'à permettre au preneur la répétition des termes payés d'avance (f. 19, p. 6, *Dig.*, 19-2).

Il faut régler de même façon les risques de la perte partielle. Si quelque cause fortuite ou de force majeure diminue sensiblement pour le locataire l'utilité de la jouissance, il a droit à une diminution proportionnelle du loyer. Tel est, dans un bail urbain, le cas où le *dominus* gêne le locataire par de grandes réparations. Tel est, dans un bail rural, le cas où la récolte d'une année se trouve, avant la perception, anéantie ou réduite à peu; seulement la remise n'est que provisoire en cette hypothèse, et si les récoltes suivantes compensent la perte, le preneur devra payer le terme dont il avait été momentanément déchargé (f. 15, p. et *seq.*; f. 27, *Dig.*, 19-2).

365. *Comparaison du locataire et de l'usufruitier.* — La situation du locataire offre des points de ressemblance avec la position de l'usufruitier. Par exemple, l'un et l'autre jouissent de la chose d'autrui, et les fruits ne leur sont acquis que par la perception, tandis que le possesseur de bonne foi en devient propriétaire par la séparation (*Inst.*, II, t. I, p. 36).

Mais de profondes différences sont à signaler :

1° L'usufruitier est investi d'un droit réel qui manque au preneur; en conséquence, il a contre les tiers une action réelle, peut avoir des interdits quasi possessoires, et ne redoute rien des aliénations postérieures à la constitution de son usufruit. Ces avan-

tages font défaut au preneur ; si le bailleur aliène la chose après le louage, l'acquéreur est maître d'expulser le locataire, à moins d'avoir promis, par une clause formelle de son acquisition, de respecter le bail (célèbre loi *Emptorem*, C. 9, *Cod.*, 4-65).

2° A l'inverse, le preneur est investi contre le *dominus* d'une créance qui manque à l'usufruitier. Par conséquent, ce dernier ne saurait exiger l'entretien de la chose, ni recourir pour éviction contre le nu propriétaire, si l'usufruit n'a été établi en exécution d'une obligation à titre onéreux ; l'extinction de son droit par la perte de la chose ne le libère pas des engagements qu'il a pris pour l'acquérir, etc. A tous ces points de vue, le *conductor* est plus favorisé.

3° Enfin l'usufruit peut se constituer gratuitement, et se termine au plus tard avec la vie de l'usufruitier. Le louage ne saurait être gratuit, et se continue entre les héritiers des contractants (*Inst.*, p. 6, *hic*).

366. **Fin de la locatio rei.** — Le louage de choses cesse régulièrement par l'expiration du terme convenu. Si le preneur, à cette échéance, continue à jouir sans opposition du bailleur, cet assentiment réciproque engendre un nouveau bail, qu'on appelle *tacite reconduction*. Ce nouveau bail suppose évidemment que les parties se retrouvent capables de consentir, et que les mêmes conditions restent en vigueur. Cependant il diffère du précédent à deux égards : 1° pour les bien ruraux, la tacite reconduction est présumée d'un an, et s'achève au gré de chaque partie pour les maisons ; 2° les sûretés réelles ou personnelles, que des tiers avaient pu attacher à l'ancienne obligation de l'un des contractants, ne garantissent pas l'obligation nouvelle (f. 13, p. 11, *Dig.*, 19-2 ; C. 7, *Cod.*, 4-65).

Le louage prend également fin par d'autres modes d'extinction conformes au droit commun, tels que le *mutuus dissensus*, la perte fortuite de la chose, la résolution du droit du bailleur, etc. Il faut noter que la sentence du juge peut le résoudre : 1° sur la demande du preneur ; c'est lorsque sa jouissance est empêchée ou sensiblement diminuée par le fait du bailleur ou d'un tiers ; 2° sur la demande du bailleur ; c'est lorsque le preneur a passé deux ans sans payer la *merces*, ou mésuse de la chose louée. Une règle curieuse de la loi romaine autorise même le *locator* à demander la résiliation du bail, dans le cas spécial du louage d'une maison,

s'il en a un indispensable besoin pour l'habiter lui-même ou pour la rebâtir (f. 13, p. 7; f. 24, p. 4; f. 54, p. 1; f. 56, *Dig.*, 19-2; C. 3, *Cod.*, 4-65).

§ III

Du louage de services.

367. Il y a louage de services, *locatio conductio operarum*, lorsqu'une partie s'engage à fournir à l'autre des services qui doivent lui être payés en argent, proportionnellement à leur importance et durée. La partie qui reçoit l'argent est le *locator*, celle qui paye est le *conductor*. Il existe donc une analogie profonde entre ce louage et la *locatio conductio rerum*, dont les principes généraux lui sont applicables. Indiquons-en seulement les particularités.

Objets de la locatio conductio operarum. — Tout fait n'est pas susceptible de devenir l'objet d'un louage de services; par exemple, les textes en excluent les services de l'avocat, du professeur, du médecin, des nourrices, et permettent au contraire d'y comprendre les services d'un peintre. La doctrine romaine paraît exiger quatre conditions : 1° le fait doit porter sur une chose corporelle, soit qu'il s'agisse de la toucher directement en vue d'une réparation ou modification, soit qu'il s'agisse de la garder, de la voiturer, etc.; en conséquence, n'est pas un louage la convention de faire un voyage dans votre intérêt, moyennant salaire; 2° le fait doit comporter une estimation précise; ce caractère accompagnera d'habitude le précédent; 3° le fait ne doit pas rentrer dans la sphère des actes juridiques; ainsi, quand je vous charge d'affranchir un esclave, ou de postuler en justice pour moi, il peut y avoir mandat en l'absence de rémunération convenue, contrat innommé dans le cas de salaire ; mais il ne saurait y avoir louage ; 4° le fait ne doit pas s'appliquer à l'objet principal d'un autre contrat; par exemple, quand un orfévre s'engage à me fabriquer, pour un prix déterminé, des anneaux d'or ou d'argent dont il fournit lui-même la matière, y a-t-il vente du métal et louage du travail? Des jurisconsultes le pensèrent, mais leur opinion fut repoussée, et l'on ne vit dans l'opération qu'un contrat unique, la vente (f. 5, *Dig.*, 12-4; f. 5, p. 2, *Dig.*, 19-5; f. 20, *Dig.*, 18-1 ; *Gaïus*, III, 147 ; *Inst.*, p. 4, *hic*).

Effets. — Les obligations générales d'exécuter les services, de payer la *merces*, et de répondre de toute espèce de faute restent

dans la *locatio conductio operarum* soumises aux principes du louage de choses. A titre de règle spéciale, il faut noter que le *locator* a le droit d'exiger la *merces*, alors même qu'un cas fortuit l'a empêché de fournir le travail convenu, et pourvu qu'il n'ait pas eu le moyen de s'indemniser en louant ailleurs ses services. En d'autres termes, les risques ne pèsent pas ici sur le *locator;* cette dérogation se fonde sur une évidente raison d'humanité (f. 19, p. 9-10; f. 38, *Dig.*, 19-2).

Fin. — La *locatio operarum* finit, comme le louage de choses, par le terme, le *mutuus dissensus*, la sentence du juge. Cesse-t-elle aussi par la mort du *locator operarum ?* Si nulle intention contraire ne ressort du contrat, l'affirmative doit prévaloir; car avec la personne qui a loué ses services périt la chose louée.

§ IV

Du louage d'ouvrage.

368. Le louage d'ouvrage, *locatio conductio operis*, n'est qu'une modification intéressante du précédent. Il apparaît dans le cas où l'une des parties s'oblige, moyennant une *merces*, à confectionner un ouvrage donné, à réaliser une œuvre déterminée, par exemple, à construire une maison, à conduire un navire à tel endroit, à vendanger telle vigne, etc. Ce louage se rapproche de notre entreprise à la tâche ou à forfait.

Terminologie. — Par une interversion bizarre, les Romains appellent ici *locator* celui qui paye la *merces*, et *conductor* celui qui la touche. Il n'est pas difficile d'assigner des motifs plus ou moins subtils à ce renversement de termes. On peut d'abord considérer ce que l'entrepreneur reçoit du propriétaire comme le prix de fruits civils qu'il a perçus et qu'il lui vend; telle serait la situation d'un fermier qui devrait dix écus d'or au bailleur, et qui lui vendrait, pour vingt écus d'or, les moissons récoltées; c'est lui seul évidemment, quoique *conductor*, qui aurait à recevoir des deniers. Il est permis de préférer une autre conjecture plus simple et toute de fait. Dans la *locatio operarum*, type principal du louage, le *conductor* ou locataire a la détention de la chose louée, que lui livre le *locator;* le même nom de *conductor* s'est étendu par inadvertance, dans la *locatio operis*, à celle des parties que son travail met en contact avec la chose, et le nom de *locator* à celle qui s'en est matériellement

dessaisie. Mais ni l'une ni l'autre de ces explications ne justifie la terminologie romaine, qui fait tache dans le langage ordinairement si pur et si précis des textes classiques.

Les jurisconsultes en étaient arrivés à s'égarer eux-mêmes dans ces appellations détournées du sens véritable. Ainsi, quand on charge des marchandises sur mon navire qui doit les transporter dans un certain lieu, suis-je *locator navis* ou *conductor mercium vehendarum?* faudra-t-il me poursuivre par l'action *conducti* ou par l'action *locati?* Labéon y perdit son latin, et se tira spirituellement d'embarras en conseillant l'emploi de l'action *præscriptis verbis* (f. 1, p. 1, *Dig.*, 19-5).

Conditions, effets et fin. — Du reste, la confusion des noms ne trouble ni la distinction des rôles ni la netteté des droits et devoirs réciproques. La *locatio conductio operis* relève des règles déjà tracées pour les conditions, les effets et la fin du louage de services. Toutefois, quand le *conductor operis* est empêché par un cas fortuit de terminer l'ouvrage, il ne semble pas avoir droit à la *merces* (*suprà*, n° 367).

Si le travail n'est payable qu'après l'achèvement complet, les risques pèsent jusqu'à la livraison sur le *conductor*. Si le travail est entrepris à tant la mesure, l'entrepreneur peut exiger qu'on prenne livraison, même avant la fin de l'entreprise, et les risques passent au maître pour toutes les portions déjà reçues, ou qu'il était en demeure de recevoir (ff. 36, 37, *Dig.*, 19-2).

§ V

De la superficie et de l'emphytéose.

Le louage offrait tant d'analogies avec la vente, qu'il n'était pas toujours facile de les discerner l'un de l'autre (*Inst.*, p. 3, *hic*).

369. **Superficie.** — Entre autres exemples de cette parenté, l'un des plus remarquables est l'hypothèse de la superficie. Les Romains entendent par *superficies* toute construction élevée sur le sol; dans le droit civil, elle appartient au maître du terrain, *omne quod inædificatur solo cedit.* Le préteur permet de faire échec à ce principe, au moyen d'un droit que le propriétaire consent sur la *superficies*, et qui en prend le nom.

Constitution. — Ce droit s'établit, soit à titre gratuit, par legs, donation, soit à titre onéreux. Au second cas, la rémunération peut consister dans un prix unique, ce qui assimile l'opération à la vente, ou dans une redevance périodique, *solarium*, *pensio*, ce qui nous rapproche du louage. Les termes de l'Édit ne prévoyaient que ce dernier mode d'établissement (f. 1, *Dig.*, 43-18).

Effets. — Le superficiaire est dans une situation mixte. A l'égard du propriétaire du sol, il est créancier par suite de la convention; il peut donc le poursuivre en garantie dans le cas d'éviction. Mais de plus, sous la condition que la concession lui ait été faite à long terme, *ad non modicum tempus*, il est armé contre tous du droit réel de *superficies*, productif d'une action *in rem;* il a la quasi-possession, avec l'interdit spécial *de superficiebus* (f. 1, p. 1, 3, *Dig.*, 43-18).

Fin. — Le droit de superficie s'éteignait, comme le louage, par l'arrivée du terme, par la ruine des édifices, par un défaut prolongé de payement du *solarium*, etc. Les constructions appartiennent au *dominus soli;* mais il doit probablement en payer la valeur.

370. **Emphytéose.** — Une autre convention, dont la nature flottait entre la vente et le louage, finit par constituer un contrat indépendant et distinct.

Du contrat d'emphytéose. — Les cités, et l'on peut dire en général les *universitates*, eurent de bonne heure l'habitude de donner à bail leurs immeubles; ces concessions étaient faites à perpétuité, ou du moins pour un terme fort long, ordinairement de cent ans. Les fonds ainsi affermés s'appelaient *agri vectigales*, parce que la redevance était nommée *vectigal* (*Dig.*, 6-3).

Vers le temps de Constantin, au quatrième siècle de notre ère, le même mode d'exploitation fut étendu par les empereurs à leurs domaines, *fundi patrimoniales*, *fundi fiscales*, *fundi rei privatæ*. Les particuliers eux-mêmes finirent par l'adopter. Dans cette même période, se répand et se généralise le nom d'emphytéose, dont l'origine grecque révèle l'objet et la destination de ces concessions appliquées à des terres qui ont besoin, pour être mises en valeur, que le cultivateur s'y attache et les remue comme son bien (*Cod.*, 11-61).

La convention d'emphytéose était obligatoire et constituait un contrat. Mais ce fut une question longtemps débattue que d'en préciser

la nature propre : était-ce une vente ? était-ce un louage ? Comme la vente, cette convention procurait à l'acquéreur un droit perpétuel et réel après la mise en possession ; comme le louage, elle le laissait non propriétaire et l'obligeait à payer, non pas un prix unique, mais une série de redevances périodiques. L'intérêt de la controverse offrait une grande importance, lorsque la chose venait à périr par cas fortuit ; s'il y avait louage, l'emphytéote ne devait plus rien ; s'il y avait vente, il devait continuer le payement des termes. Les jurisconsultes classiques, pour écarter cette dernière décision, inclinaient vers l'idée de louage (*Gaïus*, III, 145).

A la fin du cinquième siècle, l'empereur Zénon trancha les doutes en faisant de l'emphytéose un cinquième contrat consensuel, bien individualisé. Il n'en traça ni les conditions ni les effets, qui ne soulevaient pas de difficultés dans la pratique. Il se contenta de décider qu'en l'absence de conventions entre les parties, la perte totale serait à la charge du propriétaire ou concédant, comme dans la vente, et la perte partielle à la charge de l'emphytéote ou preneur, comme dans le louage. Le contrat était sanctionné probablement par les actions *locati et conducti*. Du reste, l'emphytéote ne pouvait pas exiger l'entretien de la chose, et supportait l'impôt foncier (C. 1, 2, *Cod.*, 4-66; *Inst.*, p. 3, *hic*).

Du droit réel d'emphytéose. — Le contrat précédent ne produit lui-même que des obligations ; mais un droit réel de même nom résulte de la tradition qui le suit. Entre autres avantages, ce droit réel procure à l'emphytéote contre tout le monde une action *in rem* utile et s'accompagne, non plus de la simple quasi-possession, mais d'une véritable possession protégée par des interdits. Les fruits lui sont acquis dès leur séparation, comme au possesseur de bonne foi (f. 1, p. 1, *Dig.*, 6-3 ; f. 15, p. 1, *Dig.*, 2-8 ; f. 25, p. 1, *Dig.*, 22-1).

L'emphytéote peut transmettre son droit, soit à titre universel dans sa succession, soit même à titre particulier. Dans le second cas, le propriétaire a le choix entre deux partis. Ou bien il accepte l'aliénation et n'a plus désormais d'autre débiteur que le cessionnaire, qui est tenu de lui payer, en retour de son consentement, le cinquantième du prix ou de la valeur du fonds (*laudemium*). Ou bien il exerce un droit de préemption, c'est-à-dire reprend la con-

cession et la pleine propriété en payant à l'emphytéote, soit la somme offerte par le tiers, soit peut-être, en cas de cession gratuite, la valeur estimative du fonds. Deux mois lui sont donnés pour faire son option, à partir de la notification des offres proposées à l'emphytéote. Ces règles de la transmission à titre particulier datent de Justinien (C. 3, *Cod.*, 4-66).

L'emphytéote est déchu de son droit, lorsqu'il a cessé de payer la redevance ou l'impôt foncier, pendant trois ans pour les biens ordinaires, pendant deux ans pour les biens ecclésiastiques (C. 2, *Cod.*, 4-66 ; *Nov.* 120, c. 8).

CHAPITRE XXVI

DE LA SOCIÉTÉ.

(*Inst.*, III, t. XXV.)

Le contrat de société n'atteignit jamais, à Rome, les gigantesques développements qu'il a pris dans le monde moderne. C'est un contrat consensuel, nommé, synallagmatique parfait, de bonne foi, qui produit entre deux ou plusieurs personnes l'obligation de mettre en commun certaines valeurs, dans la vue d'en retirer un bénéfice.

371. **Diverses espèces de sociétés.** — On s'associe à titre particulier ou à titre universel.

Sociétés à titre particulier. — Le droit romain connaît trois sociétés à titre particulier :

A. La *societas alicujus negotiationis.* Elle a pour objet une série d'opérations du même genre, dans une branche déterminée d'affaires ; telles sont les sociétés de banquiers, de marchands d'esclaves, etc. (*Inst.* pr., *hic*).

B. La *societas alicujus rei.* — C'est la société restreinte à une seule opération, à l'exploitation d'un seul objet ou de quelques objets déterminés, par exemple, d'un esclave comédien, de la cargaison d'un vaisseau, d'une hérédité, etc. (*Inst.*, p. 6, *hic*).

C. La *societas vectigalis.* — C'est la société formée entre les publicains ou fermiers d'impôts. Bien qu'elle ne constitue au fond qu'une sorte de *societas alicujus negotiationis*, les textes la classent

à part, en raison de particularités qu'on relèvera bientôt (f. 3, *Dig.*, 17-2).

Dans ces sociétés à titre particulier, le passif ou l'actif social ne comprend ni les pertes ni les bénéfices étrangers à ce qui est exploité.

Sociétés à titre universel. — Les sociétés à titre universel sont au nombre de deux :

D. Le *societas totorum bonorum.* — Elle a pour objet la mise en commun de tous les biens présents et futurs des contractants, même de leurs acquisitions gratuites par legs ou donation, et du profit qu'ils peuvent retirer d'une action pénale. En revanche, si tel est son actif, elle a pour passif toutes les dettes présentes et futures des associés. On n'exclut de l'actif et du passif que les gains provenus ou les obligations résultées de faits illicites, par exemple, le profit ou la peine du vol, *quia delictorum turpis atque fœda communio est* (f. 52, p. 16, 17, 18 ; f. 53 à 57, *Dig.*, 17-2).

Trois remarques sont à faire sur cette société : 1° elle offre un moyen facile d'éluder la prohibition des pactes sur succession future ; 2° elle permet aux époux de constituer un régime intermédiaire entre la constitution de dot, qui est dangereuse pour la femme, et l'absence de dot, qui est onéreuse pour le mari ; 3° elle rend indivis entre les associés, sans l'emploi d'aucune tradition, la propriété et les droits réels qui appartiennent à chacun d'eux lors du contrat. C'est là une exception remarquable au grand principe romain, que les conventions ne transfèrent ni la propriété ni les autres droits réels. Elle est sans doute fondée sur la crainte que, par dol ou par oubli, quelqu'un des contractants ne comprenne pas tous ses biens dans la tradition ; mais elle ne s'applique, ni aux créances, ni aux droits réels survenus dans la suite (f. 1, p. 1, *Dig.*, 17-2).

E. La *societas omnium quæstuum*, société de tous gains, société universelle d'acquêts. Elle exclut tous les biens qu'ont les associés au moment du contrat, ou qui leur adviennent par la suite à titre gratuit ; son actif ne comprend donc que le produit de leur travail, leurs acquisitions à titre onéreux dans le cours de la société, et les revenus des capitaux exclus. Le passif est correspondant, et n'embrasse que les dettes relatives aux acquisitions dont elle a le profit (f. 7 à 13, *Dig.*, 17-2).

Présomption légale. — Lorsque les parties n'ont pas indiqué l'espèce de société qu'elles forment, on présume la *societas omnium quæstuum*. Car la *societas totorum bonorum* aurait des conséquences

plus graves pour les associés, et l'indication d'un dessein spécial serait nécessaire pour une société à titre particulier (f. 7, *Dig.*, 17-2).

§ I

Éléments constitutifs de la société en général.

372. Il n'est pas besoin de dire que le contrat de société relève des conditions ordinaires de capacité et de consentement, et qu'il ne peut avoir pour objet des actes prohibés par les bonnes mœurs ou les lois (f. 37; f. 52, p. 51-5, *Dig.*, 17-2).

En sa qualité de consensuel, il devient obligatoire par le seul accord des volontés sur les apports respectifs et sur la répartition des gains et des pertes. On atteint ici les éléments particuliers du contrat de société.

De l'apport. — La société ne saurait exister sans une mise à fournir par chacune des parties, et qu'on nomme l'apport. A défaut de cette base indispensable, l'acte constituerait une donation. Du reste, aucune égalité de valeur, aucune identité de nature n'est requise entre les apports. Ils se composent le plus souvent de choses corporelles, de droits réels ou de créances; mais il est assez fréquent qu'un associé n'apporte que son industrie, son travail, ou même son crédit et son nom (*Gaïus*, III, 149; *Inst.*, p. 2; *hic;* f. 5, p. 2; f. 80, *Dig.*, 17-2).

De l'idée de bénéfice. — La société suppose aussi de toute nécessité une idée de bénéfice, une communauté d'intérêts et d'efforts, dont le but ultérieur et définitif est un gain à répartir. Il n'importe aucunement que le fait trompe l'espérance des associés et leur inflige une perte; elle sera commune également. Mais le bénéfice poursuivi ne résulte pas toujours d'une spéculation commerciale; il peut tout aussi bien consister dans une diminution de frais procurée aux contractants par l'association; c'est ainsi que deux voisins font valablement une *societas alicujus rei* pour la réparation d'un ruisseau commun qui les borne.

C'est par cet *animus lucri* que le contrat de société se distingue nettement du simple état d'indivision, qui n'est qu'un résultat au lieu d'être un moyen, et qui a pour but immédiat le partage; il en sera traité plus loin.

On n'a donc nul besoin, pour séparer ces deux situations juridiques, de recourir à l'idée que la société forme une personne

morale à Rome. La règle, c'est qu'une personne morale ne se constituait pas sans autorisation législative. Or cette autorisation n'était accordée qu'à certaines sociétés qui regardaient de grands intérêts publics, telles que les associations pour la perception des impôts, *societas vectigalis*, ou pour l'exploitation des mines ou salines, *argentifodinarum*, *aurifodinarum*, *salinarum*. Par conséquent, la personnalité manque en thèse générale aux sociétés romaines, et les textes où l'on a voulu puiser la doctrine contraire sont relatifs aux exceptions précitées, ou reçoivent une fausse interprétation (f. 1, *Dig.*, 3-4).

§ II

Effets de la société.

373. Les effets de la société prennent date au jour de l'accord des volontés, si les parties n'en ont reculé le point de départ. Car le contrat se prête à toutes les modalités, y compris la condition; Justinien nous apprend qu'il y avait eu doute sur ce dernier point, et qu'il juge bon de le trancher. On peut induire d'un texte de Gaïus que la même hésitation s'était produite pour l'admissibilité de la condition dans tous les contrats consensuels (C. 6, *Cod.*, 4-37; *Gaïus*, III, 146).

La société présente deux particularités : 1° elle établit entre les associés un lien si intime, qu'ils sont en quelque sorte considérés comme des frères; la bonne foi règne donc plus souverainement dans ce contrat qu'en tout autre, et nous aurons à tirer plusieurs déductions pratiques du beau principe d'Ulpien, *societas jus quodammodo fraternitatis in se habet*; 2° la société n'est pas un contrat simple et qui se suffise à lui-même; c'est pour ainsi dire un contrat auxiliaire et multiple, qui en prévoit et qui en prépare d'autres à passer avec des tiers, dans la vue du bénéfice poursuivi. Les effets de la société offrent en conséquence deux points de vue (f. 63, *Dig.*, 17-2).

374. **Dans les rapports respectifs des associés.** — Les associés ont tous le même nom et le même rôle; on ne distingue pas ici des situations diverses, comme dans la vente et le louage.

1° *Réaliser l'apport.* — La première obligation de chaque associé, c'est de réaliser l'apport. En laissant de côté la règle spéciale à la *societas totorum bonorum*, on constate que cette obligation

s'exécute par les procédés ordinaires, c'est-à-dire au moyen des modes d'acquérir pour les droits réels, de *procurationes* ou de délégations pour les créances.

Il résulte de cette première obligation, que chaque associé doit garantie, soit de l'éviction totale ou partielle de ses apports, soit des vices qui en diminuent notablement l'utilité. Mais cette garantie ne saurait exister dans les sociétés à titre universel, qui portent sur le patrimoine tel quel. De plus, elle n'a rien des effets de la *cautio duplæ* dans la vente.

Les risques de l'apport relèvent des règles ordinaires. L'associé débiteur d'un corps certain est donc libéré par la perte survenue avant la livraison. Après la livraison, les risques pèsent toujours sur la masse des associés, à moins que l'apport ne consiste dans la jouissance d'une chose; il se compose alors de prestations successives, et la perte de l'objet, en les rendant inexécutables, entraîne la dissolution de la société.

2° *Se tenir compte de leurs actes réciproques.* — A défaut de toute clause contraire dans la société, chacun des associés peut et doit veiller aux intérêts communs et gérer les affaires sociales. Cette gestion procure-t-elle des bénéfices, ils se répartissent entre tous. Entraîne-t-elle des pertes et dépenses, tous les associés solvables les supporteront. De là vient que les associés sont mutuellement responsables de leur dol et de leur faute. Bien qu'intéressés au contrat, ils ne répondent pas de la *culpa levis in abstracto*, mais seulement de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire de la faute qu'ils n'auraient pas commise dans l'administration de leurs propres affaires. Les principes généraux fléchissent ici devant le *jus fraternitatis*, et surtout devant l'idée que la chose sociale est aussi la chose de chacun (f. 60, p. 4; f. 61; f. 67, *Dig.*, 17-2; *Inst.*, p. 9, *hic*).

375. *Détermination des parts dans les gains ou les pertes.* — La question du règlement des parts offre une importance spéciale. On distingue deux grandes hypothèses.

Conventions sur ce point. — Si les associés ont fait des conventions sur ce point, il faudra les observer en principe (*Inst.*, p. 1, *hic*).

Or les associés sont censés fixer les parts à supporter dans la perte, lorsqu'ils fixent les parts à revenir dans le gain, et réciproquement. A la différence de ce qui se passe dans la vente et le louage, ils peuvent abandonner cette fixation à l'un d'entre eux. Au contraire, s'ils en chargent un tiers, son pouvoir est moins

absolu qu'en matière de vente ou de louage; car sa décision reste attaquable par voie judiciaire, au cas d'iniquité manifeste (*Inst.*, p. 3, *hic;* f. 6; f. 75 à 80, *Dig.*, 17-2).

Cependant les conventions des parties ne sont pas absolument libres et doivent respecter le *jus fraternitatis*. De là trois questions, dont la dernière seule se résout par la négative : 1° Il fut toujours permis sans conteste aux associés de répartir inégalement les gains, pourvu que la même inégalité présidât à la répartition des pertes; c'est ainsi qu'un associé peut avoir deux tiers dans le gain et la perte, l'autre un tiers seulement. 2° Après controverse, il fut aussi permis aux associés d'établir une inégalité relative entre les parts dans les gains et les parts dans les pertes; par exemple, Titius et Séius peuvent, en s'associant, convenir que Titius aura deux tiers du gain, un tiers de la perte, et Séius un tiers du gain, deux tiers de la perte. On va même dans cette voie jusqu'à valider la clause qui attribue à l'un des associés une part dans le gain et l'affranchit de toute part dans la perte, à la condition qu'il ait apporté plus que les autres contractants en industrie, travail ou crédit. 3° Il ne fut jamais permis aux associés de convenir que l'un d'entre eux ne participerait aucunement aux gains, *alter lucrum, alter damnum sentiret;* cette association prohibée reçut du jurisconsulte Cassius le nom qui lui est resté de société léonine (*Inst.*, p. 1, 2, *hic; Gaïus*, III, 149; f. 29, *Dig.*, 17-2).

Une remarque essentielle, c'est que le gain ou la perte s'apprécie, non sur chaque opération bonne ou mauvaise, mais d'après le résultat définitif de l'ensemble des opérations sociales. On fait le compte général, la balance des affaires profitables ou désavantageuses; la différence donne, soit un bénéfice net, soit une perte sèche, et c'est à cette différence qu'on applique les calculs précédents (*Inst.*, p. 2, *hic;* f. 30, *Dig.*, 17-2).

En définitive, il est de l'essence du contrat que chaque associé ait une participation quelconque, sinon aux pertes, du moins aux bénéfices.

Absence de conventions sur ce point. — Si les contractants ne se sont pas expliqués, ils prendront tous des parts égales dans le gain et la perte. Il ne s'agit pas ici d'une égalité proportionnelle aux mises, mais d'une égalité arithmétique et absolue. La règle n'a rien d'injuste ni d'illogique; en gardant le silence sur le règlement des parts, les associés reconnaissent eux-mêmes l'équiva-

lence de leurs apports. Il serait d'ailleurs difficile, lors de la répartition, d'apprécier exactement la différence entre les mises effectuées depuis un long temps peut-être (*Inst.*, p. 1, *hic ; Gaïus*, III, 150; ff. 5, p. 1; ff. 29, 80, *Dig.*, 17-2; cf. Cod. civ., art. 1853).

376. **Dans les rapports des associés avec les tiers.** — Le principe de la non-représentation par autrui ne permet pas de penser que les associés se représentent les uns les autres, dans leurs rapports avec les tiers. Dès lors, l'acte réalisé par un des associés ne rejaillit pas sur ses collègues; lui seul devient créancier ou débiteur, exerce ou subit l'action, sous la réserve de communiquer ensuite le résultat actif ou passif à ses collègues, en vertu des obligations précédemment étudiées. Au contraire, si les créanciers ont agi tous ensemble, la créance ou la dette se partage entre eux dès l'origine et par têtes (f. 74, *Dig.*, 17-2; f. 43, *Dig.*, 42-1).

La théorie prochaine du mandat éclaircira cette situation, et donnera la clef de certaines exceptions qui furent apportées à ces règles générales par la jurisprudence civile ou prétorienne.

§ III

Dissolution de la société.

La société dissoute ne produira plus d'effets à l'avenir; mais les effets produits dans le passé restent irrévocables.

Cette matière est dominée par une règle capitale. Bien que la société soit un contrat à titre onéreux, elle se forme *intuitu personæ ;* la loi s'inspire ici du fait, et reconnaît que les contractants ont mutuellement pris en considération leurs qualités et leurs aptitudes. Cette observation est fertile en conséquences.

377. **Causes de dissolution.** — On peut ramener à trois principales les causes de dissolution : la société se termine *ex re vel tempore, ex personis, ex voluntate* (f. 63, p. 10 ; *Dig.*, 17-2).

A. *Ex re vel tempore.* — La société finit ainsi : 1° par l'arrivée du terme qu'ont fixé les contractants; 2° par tout événement qui rend impossible la continuation des opérations de la société, notamment par la perte fortuite du fonds social; 3° par l'achèvement de l'entreprise ou de l'affaire qui avait déterminé la formation du contrat; ce mode est spécial à la *societas unius rei* (*Inst.*, p. 6, *hic ;* f. 63, p. 10; f. 65, p. 6, 10; *Dig.*, 17-2).

Les causes suivantes de dissolution se rattachent à l'idée de l'*intuitus personæ*.

B. *Ex personis.* — Toute circonstance qui supprime ou diminue la personnalité d'un associé fait disparaître la société, même entre les autres ; car la société qu'on forme avec tous, on ne la formerait peut-être pas avec chacun, ni même avec plusieurs séparément. En conséquence, la société prend fin : 1° par la mort ; 2° par toute *capitis deminutio* au temps classique ; mais la *maxima* et la *media* produisent seules ce résultat sous Justinien, même non accompagnées de confiscation ; 3° par toute confiscation générale, même non accompagnée de *capitis deminutio ;* 4° par la *bonorum venditio* poursuivie au nom de l'État ou de particuliers, et sous Justinien par la *bonorum distractio* qui l'a remplacée. Car l'empereur décide que la cession de biens dissoudra la société ; or la cession de biens a pour résultat d'entraîner la *distractio bonorum* (*Inst.*, p. 5, 7, 8, *hic ;* f. 63, p. 10, *Dig.*, 17-2).

De ces divers cas de dissolution, les trois derniers, à raison même de la déchéance d'état ou de la déconfiture qu'ils impliquent, n'ont pu faire dans le contrat l'objet d'une clause qui les prévît. Seulement, après la dissolution, un nouvel accord de volontés aura la force de ressusciter la société entre les mêmes personnes, si l'associé atteint est resté libre et capable (*Inst.*, p. 8, *hic ; Gaius*, III, 153, 154).

Quant à la dissolution par la mort naturelle de l'un des contractants, rien n'empêche de la prévoir dans le contrat, et de convenir que la société persistera quand même entre les survivants. Mais on ne saurait décider à l'avance que les héritiers du prédécédé prendront sa place dans la société ; il répugne à la nature de ce contrat d'admettre des inconnus. Du reste, il va de soi que les héritiers de chaque associé succèdent toujours aux conséquences actives et passives de toute opération antérieure à la mort de leur auteur, ne se fussent-elles réalisées qu'après son décès (*Inst.*, p. 5, *hic ;* ff. 35, 37, *Dig.*, 17-2) (1).

C. *Ex voluntate.* — La société se dissout enfin, soit par le mutuel

(1) La *societas vectigalis* offre en ce point deux règles spéciales : 1° on y peut valablement convenir que la société continuera avec les héritiers d'un membre prédécédé ; 2° même en l'absence de cette clause, l'héritier du défunt devient *socius* dans un sens plus restreint ; il participe aux profits et pertes, mais est exclu de l'administration (f. 59 pr. ; f. 63, p. 8, *Dig.*, 17-2).

dissensus de tous les associés, conformément au principe général des contrats consensuels, soit par la volonté d'un seul. Il faut alors que ce dernier fasse connaître son intention à ses collègues, au moyen d'une signification que les textes appellent *renuntiatio*. Aucune clause contraire du contrat ne peut supprimer ni suspendre l'exercice de cette faculté. La rupture du contrat en est toujours la conséquence.

Mais la *renuntiatio* est parfois : 1° intempestive ; c'est lorsque je renonce, soit avant le terme fixé pour la dissolution de la société, et dont l'échéance m'aurait rendu la liberté sans risques, soit à contre-temps, c'est-à-dire dans un moment où la suppression de la société porte préjudice aux associés ; 2° dolosive ; c'est lorsque je renonce pour profiter seul d'une acquisition que je suis d'ores et déjà maître de réaliser. Dans ces divers cas, la *renuntiatio* dégage les associés envers le renonçant et ne le dégage pas envers eux ; il devra donc, jusqu'au terme, participer à leurs pertes sans partager leurs gains, ou leur communiquer les avantages de l'opération qu'il voulait se réserver, et dont les conséquences mauvaises lui restent exclusivement propres. On dit alors que le renonçant *socios liberat à se, non se à sociis* (*Inst.*, p. 4, *hic;* ff. 65, p. 5, 6 ; *Dig.*, 27-2) (1).

378. **Conséquences de la dissolution.** — A compter de la dissolution, les anciens associés n'ont plus rien de commun. C'est le moment de liquider leurs droits et dettes réciproques, et de procéder au partage, s'il y a des biens indivis. Deux actions principales sont ouvertes aux associés.

Pro socio. — L'action *pro socio* est l'action née du contrat de société, et ne tend qu'à la poursuite des obligations qu'il a produites (*supra*, n° 374). Elle offre le double caractère spécial d'imprimer la note d'infamie au défendeur condamné, et de n'entraîner envers chacun des associés qu'une condamnation *in quantum facere potest ;* c'est le bénéfice de compétence fondé sur le *jus fraternitatis,* et dont il sera traité plus tard (*Inst.*, IV, t. VI, p. 38 ; t. XVI, p. 2).

Communi dividundo. — Quant à l'action *communi dividundo*, habituellement exercée après la dissolution, elle tend au partage des

(1) D'après Ulpien, la société se dissout encore *ex actione*. On doit conjecturer que cette expression trop obscure vise le cas où l'un des associés agit pour demander son compte, ce qui n'est au fond qu'une *renuntiatio* (f. 63, p. 10 ; f. 65 pr., *Dig.*, 17-2).

objets corporels qui sont en indivision, et subsidiairement au règlement des comptes qui peuvent s'y rattacher entre parties. C'est une question irrésolue que de savoir si le partage embrasse les apports en propriété dans la même proportion que le gain, ou si les associés qui les ont faits peuvent en prélever la valeur sur la masse indivise du capital social et des bénéfices réalisés (f. 38, p. 1, *Dig.*, 17-2).

Il est donc évident que les deux actions *pro socio* et *communi dividundo* dérivent de causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins. Aussi le choix n'en est-il pas facultatif, et l'une peut-elle survivre à l'autre (f. 43, *Dig.*, 17-2).

CHAPITRE XXVII

DU MANDAT.

(*Inst.*, III, t. XXVI.)

379. Il faut bien distinguer, dans le droit romain, la représentation par l'entremise de personnes *in potestate*, et la représentation par l'entremise d'étrangers. La première pourrait s'appeler naturelle et la seconde artificielle. En laissant de côté la matière spéciale de la possession, où l'une et l'autre produisent des résultats identiques (*suprà*, n° 158), on relève entre elles une différence capitale.

Le *paterfamiliâs* est juridiquement représenté par les personnes soumises à sa puissance. Comme on le sait déjà, cette règle signifie que toutes les acquisitions des individus *alieni juris* sont réputées émaner du maître ou du père, et qu'elles augmentent son patrimoine, même à son insu. Mais on ne va pas au delà, et les aliénations ou les obligations de ces mêmes individus ne l'engagent que de son assentiment.

Au contraire, on n'est pas représenté juridiquement par un étranger. Tous les actes qu'il fait, soit pour acquérir, soit pour aliéner ou pour obliger, lui restent personnels dans leurs conséquences immédiates et directes. Au regard des tiers, c'est absolument comme s'il eût agi pour son propre compte, et lui seul existe à leurs yeux. Tel est le sens technique et la véritable portée du célèbre

principe, tant de fois signalé jusqu'ici, de la non-représentation par autrui dans les affaires juridiques.

Cette importante règle reçut des tempéraments progressifs; mais comment s'expliquer l'existence d'une prohibition qui devait paraître bien gênante dans la pratique? On en peut donner un motif satisfaisant. Le Romain des premiers temps n'avait guère d'autres occupations que les armes et l'agriculture; les transactions compliquées étaient rares, et pour les petites opérations ou les faciles négociations de la vie courante, il avait sous la main un groupe de mandataires naturels, ses enfants ou ses esclaves. Dès lors il sentait peu le besoin de recourir à des représentants étrangers, et la vraie notion de la représentation ne devait pas venir au jour. Quant au tuteur, on a vu qu'à l'origine il exerçait la tutelle dans son propre intérêt plutôt qu'au profit du pupille; il n'est donc pas étonnant qu'on ait arrêté sur sa tête les conséquences positives ou négatives des actes qu'il accomplissait lui-même par la *tutelæ gestio*, lorsqu'il ne lui convenait pas d'en attribuer la réalisation et les effets au pupille en personne, à l'aide de l'*auctoritas*.

La représentation par un étranger est *légale* ou *conventionnelle*. Légale, elle constitue la tutelle ou la curatelle, dont il n'est plus question ici. Conventionnelle, elle constitue le mandat.

Le mandat est un contrat consensuel, nommé, synallagmatique imparfait, de bonne foi, d'où naît, pour une partie appelée *procurator*, l'obligation envers l'autre partie appelée *dominus* ou *mandans*, d'exécuter gratuitement, mais sans la charge des frais de gestion, une ou plusieurs affaires qui intéressent le mandant.

A l'exemple de la société, le mandat se forme *intuitu personæ;* il n'y a même pas de contrat où ce caractère soit empreint plus nettement.

§ I

Éléments constitutifs du mandat.

380. Le mandat n'exige aucune condition spéciale de capacité ni de consentement. L'accord des volontés doit porter sur les éléments spéciaux qui vont retenir notre attention, et peut n'être que tacite. Il intervient efficacement *ex post facto*, en ce sens que la ratification d'un acte accompli équivaut au mandat qui l'aurait précédé (f. 60, *Dig.*, 50-17).

De la gratuité. — Le mandat est essentiellement gratuit, comme le commodat et le dépôt. L'attribution d'un salaire attache à l'opération le caractère d'un louage ou d'un contrat innommé, selon qu'il s'agit d'un prix en argent ou d'un autre équivalent quelconque. D'ailleurs, à l'époque classique, rien n'empêche le mandant de fournir au mandataire un don rémunératoire, qui se nomme *honor* et non *merces;* lorsqu'il est convenu d'avance, la voie généralement ouverte pour l'exiger est une *persecutio extrà ordinem*. Il sera souvent très-difficile de marquer, en fait, la limite entre le salaire, qui est proscrit, et le don rémunératoire, qui est permis (*Inst.*, p. 12, *hic,* ff. 6, 7 ; 10, p. 9, *Dig.*, 17-1 ; C. 1, *Cod.*, 4-35).

La gratuité ne signifie pas que le mandat doive préjudicier au mandataire. S'il a donc fait des avances pour l'exécution du contrat, il a droit au remboursement ; l'absence de cette faculté ferait de l'acte une donation (f. 20 pr. ; f., 36, p. 1, *Dig.* 17-1).

De l'objet du mandat. — Il est bien entendu que l'objet du mandat, le service rendu par le mandataire doit consister dans un fait naturellement et légalement possible ; sinon, le mandant n'aurait aucune action pour en exiger l'accomplissement. et ne serait passible d'aucune poursuite en indemnité (*Inst.*, p. 7, *hic*).

Mais tous les faits naturellement et légalement possibles ne sont pas susceptibles de devenir l'objet d'un mandat ; ce contrat a sa sphère propre, assez voisine de celle du louage. En effet, il y a des services que la convention d'un salaire ne fait pas rentrer dans le louage, et dont la rémunération se réclame par une *persecutio extrà ordinem*. Ces mêmes services, rendus gratuitement, restent en dehors du mandat. Ce sont les services professionnels que les Romains considèrent comme inappréciables en argent, tels que ceux de l'avocat, du médecin, du professeur, de la nourrice, etc. ; tout au plus appartiennent-ils au domaine des contrats innommés. D'un autre côté, le mandat comprend des faits étrangers au louage ; tels sont tous les actes juridiques qui ne s'exécutent pas sur une chose corporelle. En définitive, le mandat peut avoir pour objet tout fait quelconque relatif à la gestion d'un patrimoine (*Inst.*, p. 13, *hic*).

§ II

Personnes intéressées dans le mandat.

381. Justinien fonde une première classification du mandat sur

la diversité des personnes qui peuvent s'y trouver intéressées. Il est nul, en principe, lorsqu'il n'offre pas un intérêt au moins indirect pour le mandant.

Les Institutes distinguent, à ce point de vue, cinq espèces de mandat ; car il peut se former dans l'intérêt : 1° du mandant ; 2° du mandant et du mandataire ; 3° du mandant et d'un tiers ; 4° d'un tiers ; 5° du mandataire et d'un tiers (*Inst.* pr., p. 6, *hic*).

Quatrième et cinquième hypothèses. — Éliminons d'abord la quatrième et la cinquième hypothèses. Intervenu dans l'intérêt exclusif d'un tiers, ou dans l'intérêt collectif du mandataire et d'un tiers, le mandat n'est pas efficace par le seul consentement. Il n'a que la valeur extra-juridique d'un conseil ou d'une recommandation, et les deux parties ne se doivent rien qu'à raison de leur dol, s'il y a lieu. Mais du jour où ce mandat reçoit un commencement d'exécution, il devient valable et produit les actions *mandati*; car le mandant s'est alors immiscé par le mandataire dans les affaires du tiers, se trouve *negotiorum gestor*, et conséquemment intéressé au plein achèvement de l'affaire entreprise (*Inst.*, p. 6, *hic*; f. 28, *Dig.*, 3-5).

Première et troisième hypothèses. — La première et la troisième hypothèses ne soulèvent aucune difficulté. Le mandat intervient dans l'intérêt exclusif du mandant, quand ce dernier vous charge de lui acheter un fonds, de le cautionner, etc. Il intéresse à la fois un tiers et le mandant, quand ce dernier vous charge de vendre un fonds qui lui est commun avec le tiers, de cautionner une dette qui leur est commune, etc. (*Inst.*, p. 1, 4, *hic*).

Deuxième hypothèse. — Mais la deuxième hypothèse offre plus d'importance, à raison de deux exemples que fournit Justinien du mandat conçu dans l'intérêt collectif du mandant et du mandataire : 1° Un fidéjusseur donne mandat à son créancier de poursuivre à sa place le débiteur principal. L'avantage du mandant consiste à détourner la poursuite de sa tête, et l'avantage du mandataire à se réserver une action contre le fidéjusseur, en poursuivant le débiteur principal. Il faut se rappeler que Justinien fit disparaître à peu près ces deux intérêts, lorsqu'il modifia les anciens effets de la *litis contestatio* par une décision antérieure aux Institutes, et qu'il introduisit par une Novelle postérieure le bénéfice de discussion. 2° Vous me donnez mandat de stipuler d'un tiers, à vos risques et périls, ce que vous me devez. Votre avantage est

d'échapper, pour toujours peut-être, à mes réclamations; le mien est d'avoir dorénavant deux débiteurs. Il y a là ce que nous étudierons plus tard sous le nom de délégation (*Inst.*, p. 2., *hic*).

§ III

Effets du mandat.

382. Une seconde classification du mandat se tire des attributions qu'il donne au mandataire. On dit, en effet, que le mandat est *spécial*, lorsqu'il se restreint à des affaires déterminées; les pouvoirs du mandataire sont alors indiqués et délimités par l'objet même de sa mission. Le mandat est *général*, au contraire, lorsqu'il embrasse la totalité d'un patrimoine; la détermination des pouvoirs d'un tel mandataire n'est et ne doit être, en principe, qu'une question de fait à résoudre d'après l'intention du mandant; ils comprennent certainement les actes d'administration, et peuvent comprendre les actes de disposition, au moins à titre onéreux. Cette extension est ordinairement présumée, si le mandant a conféré le mandat *cum liberâ* (*administratione*) (*Inst.*, II, t. I, p. 43).

Spécial ou général, le mandat comporte les modalités de droit commun, telles que le terme et la condition. Toutefois, dans le droit classique, par application d'une règle générale que supprima Justinien (*suprà*, n° 284), le mandat *post mortem mandantis* était nul, excepté dans les cas rares où il n'excluait pas toute possibilité d'action pour ou contre le mandant lui-même. Parmi ces cas figure l'hypothèse déjà signalée de l'*adstipulatio* qui accompagne une stipulation *post mortem stipulantis;* car l'*adstipulator* mandataire deviendrait passible d'un recours immédiat de son mandant, s'il consentait une acceptilation frauduleuse de la créance (*Gaïus*, III, 158; 215-216).

Les effets du mandat se présentent sous deux faces, comme ceux de la société.

Rapports du mandant et du mandataire. — Le mandat oblige le mandataire *ab initio* et peut obliger le mandant *ex post facto*. S'il y a plusieurs comandataires ou comandants, ils sont codébiteurs solidaires (f. 59, p. 3; f. 60, p. 2, *Dig.*, 17-1; C. 14, *Cod.*, 4-35).

383. *Obligations du mandataire.* — Le principe des obligations du mandataire, c'est que le mandat, une fois accepté, engage au plus

haut degré son honneur et sa foi, *originem ex officio trahit* (f. 1, p. 4, *Dig.*, 17-1).

A. Le mandataire doit exécuter le mandat, ou réparer le tort que l'inexécution cause au mandant. Qu'est-ce donc qu'exécuter le mandat? C'est suivre les intentions du mandant, c'est-à-dire accomplir la mission même qu'il a donnée, sans dépasser les conditions par lui fixées. En conséquence, le mandat reste inexécuté : 1° lorsque le mandataire s'est abstenu d'agir ; 2° lorsqu'il a fait une affaire étrangère à son mandat ; par exemple, chargé d'acheter l'esclave Stichus, il achète l'esclave Pamphile ; 3° lorsqu'en faisant l'affaire indiquée dans le mandat, il est allé au delà des bornes qui lui étaient tracées ; par exemple, chargé d'acheter une maison pour cent, il l'achète pour cent dix. Le mandant est-il alors obligé d'accepter l'opération, si le mandataire offre de la lui laisser au prix convenu et de garder l'excédant à sa charge ? Il s'éleva sur ce point des controverses de détail à l'époque classique ; mais Justinien les tranche par l'affirmative, lorsqu'il n'en doit résulter aucun préjudice pour le mandant (*Inst.*, p. 8, *hic ; Paul*, II, t. XV, p. 3 ; f. 3, p. 2 ; f. 5 pr. et p. 3, *Dig.*, 17-1).

Du reste, s'il est incontestable que le mandant n'est jamais forcé d'accepter l'affaire telle quelle dans les deux derniers cas d'inexécution du mandat, il a souvent droit en outre à des dommages-intérêts ; c'est lorsqu'il n'a pas été impossible au mandataire de rester dans les termes du contrat (f. 41, *Dig.*, 17-1).

B. Le mandataire répond de son dol et même de sa *culpa levis in abstracto*, quoique désintéressé dans le contrat. Cette doctrine, longtemps contestée peut-être, finit par triompher et n'est plus discutable à partir de Dioclétien. Elle a pour raison d'être la confiance et l'affection que le mandat suppose entre les contractants, et qui imposent la plus exacte diligence (f. 23, *Dig.*, 50-17 ; C. 11, 13, 21, *Cod.*, 4-35).

C. Le mandataire doit enfin rendre compte, c'est-à-dire transporter au mandant tous les bénéfices qu'a pu lui procurer sa gestion. S'agit-il d'un droit de propriété ou de tout autre droit réel, il les transfère au mandant par les modes d'acquérir ordinaires, tradition, mancipation, etc. S'agit-il d'un droit de créance, il s'en décharge pratiquement par une cession d'actions. Il doit les intérêts des sommes d'argent versées entre ses mains, lorsqu'il est en demeure de les restituer, ou qu'il les a placées *sub usuris*, ou qu'il en

a fait usage à son profit (f. 8, p. 10; f. 45, p. 4, *Dig.*, 17-1).

L'exécution de ces obligations est poursuivie contre le mandataire par l'action infamante *mandati directa* (f. 1 pr., *Dig.*, 3-2).

383 *bis*. *Obligations du mandant.* — Le principe des obligations du mandant, c'est que le mandataire, en rendant un service gratuit, ne doit pas subir de préjudice, *nemini officium suum damnosum esse debet* (f. 61, p. 5, *Dig.*, 47-2).

A. Le mandant doit recevoir les objets acquis en exécution du mandat; car la garde en est lourde pour le mandataire (f. 12, p. 9, *Dig.*, 17-1).

B. Le mandant répond de son dol et de sa *culpa levis in abstracto*, puisqu'il a tout l'avantage du contrat.

C. Le mandant doit rembourser au mandataire toutes ses dépenses légitimes, c'est-à-dire : 1° les impenses conformes aux termes du mandat, alors même qu'on aurait pu les réduire ou qu'elles ont cessé d'être fructueuses; 2° les impenses qui, non contraires à l'esprit du mandat, ont produit un bénéfice pour le mandant. Mais en vertu d'une règle qui s'accorde mal avec son étroite responsabilité, le mandataire n'a pas droit, indépendamment de ses déboursés, à la réparation des pertes qui sont le résultat le plus direct de l'accomplissement du mandat; par exemple, si des brigands le dépouillent dans un voyage qu'il fait pour le mandant, ce dernier n'est pas tenu de l'indemniser (f. 12, p. 9; f. 46; f. 26, p. 6, *Dig.*, 17-1).

D. Le mandant doit relever le mandataire de ses obligations régulièrement contractées. Il y parvient, soit en les acquittant lui-même, soit en procurant au mandataire sa libération par les procédés ordinaires de novation ou de constitut, soit en s'engageant, au moyen d'une stipulation, à garantir le mandataire contre toutes poursuites. En thèse générale, cette obligation et la précédente sont exigibles dans le cours du mandat, avant son entière exécution; mais entre autres exceptions, le fidéjusseur ne peut recourir contre le débiteur principal qu'après l'avoir libéré en payant, ou simplement en subissant condamnation (f. 45, p. 2 à 5, *Dig.*, 17-1).

A raison de ces obligations, le mandant est passible de l'action *mandati contraria*, qui n'est pas infamante. On la donne même au mandataire qui se trouve, sans faute de sa part, dans l'impossibilité de mener jusqu'au bout son mandat (f. 56, p. 4, *Dig.*, 17-1).

384. **Rapports des contractants avec les tiers.** — La règle de la

non-représentation par autrui offrait ici les mêmes inconvénients qu'en matière de tutelle ; mais elle reçut dans le mandat des modifications plus profondes.

Droits réels. — Le mandataire ne peut aliéner un droit réel du mandant par les modes civils, *mancipatio*, *in jure cessio;* ils ne sont accessibles qu'au titulaire du droit. Mais pour les biens susceptibles de tradition, la situation change; car on sait que la tradition est régulièrement faite par quiconque y procède avec l'assentiment du maître, et dès lors elle procure au tiers la possession et la propriété.

De même, le mandataire ne peut acquérir directement un droit réel au mandant. L'acquisition, interceptée pour ainsi dire, s'arrête sur la tête du premier, qui doit ensuite la retransférer au second. Ce système de la double translation a pour inconvénient principal de rendre possible la constitution de charges sur la propriété, pendant qu'elle réside entre les mains du représentant. Mais les biens susceptibles de tradition échappent encore à ce désagrément. Comme la possession s'acquiert valablement au moyen d'un tiers, le mandant devient possesseur par le fait du mandataire. Il obtient du même coup la propriété, si la chose est *nec mancipi;* quant aux choses *mancipi*, il est mis à même de les usucaper, dès que la livraison lui en est connue. On sait d'ailleurs qu'il n'y a plus de *res mancipi* dans le droit de Justinien.

En résumé, sur la fin de la législation romaine, le principe de la non-représentation par autrui ne concerne plus que ceux des droits réels qui ne se prêtent pas à la tradition. Il a donc cessé de gêner les translations de propriété.

Droits de créance. — La vigueur en resta plus durable dans le domaine des droits de créance. L'intervention du mandataire fut longtemps inefficace, soit pour nouer directement des obligations entre le mandant et les tiers, soit même pour effacer, par les modes d'extinction, une obligation préexistante entre ces personnes.

Mais cette rigueur fut enfin tempérée ; le préteur fit le premier pas dans une voie nouvelle. Il avait permis de bonne heure, aux tiers qui contractaient avec le fils ou l'esclave, de poursuivre à raison de ces contrats le père ou le maître, dans les deux cas déterminés de l'action *exercitoria* et de l'action *institoria*, que nous étudierons plus loin. Il étendit ces décisions spéciales au mandataire autre que le fils et l'esclave, et reconnut aux tiers, dans

les deux hypothèses précitées, la faculté de passer par-dessus l'intermédiaire et d'agir contre le mandant lui-même. Ce n'était là du reste qu'une faveur, et le mandataire demeurait obligé suivant le droit commun (f. 1 pr., p. 17 ; f. 5, p. 1 ; *Dig.*, 14-1).

Vinrent les jurisconsultes, qui généralisèrent l'idée prétorienne. Ils admirent d'abord les créanciers du mandataire à poursuivre le mandant, toujours et sans distinction, par l'action *institoria* utile. Puis ils en arrivèrent logiquement à permettre au mandant d'exercer lui-même à titre utile, sans une cession formelle, les actions acquises par le mandataire contre les tiers (f. 13, p. 25, *Dig.*, 19-1).

Pour conclure, la loi romaine a fini par décider que le fait du mandataire rendait le mandant créancier ou débiteur. Mais elle s'est arrêtée à mi-chemin de la représentation véritable et parfaite ; car elle se contente de juxtaposer le mandant et le mandataire, sans dégager celui-ci des conséquences de ses actes. Les tiers, en effet, n'ont pas perdu le droit de le poursuivre à la place du mandant, et restent en revanche passibles de ses actions, tant que ce dernier ne les a pas consommées.

Il y eut d'ailleurs deux circonstances où les tiers purent de tout temps intenter contre le mandant une action éminemment civile et directe, une *condictio*. C'était lorsque : 1° les valeurs par eux fournies au mandataire avaient profité au mandant ; 2° ils avaient contracté avec le mandataire sur la recommandation ou l'ordre du mandant. La *condictio* s'expliquait alors par les principes généraux, abstraction faite de toute idée de mandat (f. 23, 29, 32, *Dig.*, 12-1).

§ IV

Fin du mandat.

385. Lorsque le mandat se dissout avant tout commencement d'exécution, aucune conséquence n'en découle ; il est comme s'il n'avait jamais été, *solvitur*, *evanescit*. Dès que les choses ne sont plus entières, le mandat peut bien disparaître, mais seulement pour l'avenir, et les obligations déjà produites lui survivent (*Inst.*, p. 9, *hic ;* f. 15 ; f. 58 pr., *Dig.*, 17-1).

Comme la société, le mandat se termine par des causes qu'on peut ramener à trois, *ex re vel tempore*, *ex personis*, *ex voluntate*.

Ex re vel tempore. — Conformément au droit commun, le mandat finit par l'arrivée du terme, par l'exécution de la mission qu'il comporte, par l'impossibilité de l'exécuter.

Ex personis. — Le mandat prend également fin par la mort de l'une ou de l'autre des parties. La *maxima capitis deminutio* du mandant ou du mandataire en entraîne aussi la rupture, puisqu'elle supprime toute capacité de s'obliger. Peut-être, dans le droit classique, en advenait-il de même de la *media* et de la *minima capitis deminutio;* il est pourtant vraisemblable que, si telle eût été la doctrine certaine, les jurisconsultes n'auraient pas senti le besoin de l'exprimer formellement à l'égard de l'*adstipulator*, ni de la controverser pour l'*adjectus solutionis gratia* (*Inst.*, p. 10, *hic; Gaius*, III, 114; ff. 38; f. 95, p. 6, *Dig.*, 46-3).

Ex voluntate. — Le mandant est maître de révoquer le mandat; cette faculté générale ne reçoit que de rares exceptions (*Inst.*, p. 9, *hic*).

Réciproquement, le mandataire est maître de renoncer au mandat. Cette renonciation est souvent explicable par de justes motifs, tels qu'une maladie du mandataire ou l'insolvabilité du mandant. Lorsqu'elle manque de ces causes sérieuses, elle doit survenir en temps utile, c'est-à-dire assez tôt pour que le mandant puisse faire encore l'affaire par lui-même ou par un tiers. La renonciation intempestive et non justifiée oblige le mandataire à payer des dommages-intérêts (*Inst.*, p. 11, *hic.*)

Conséquences des deux derniers modes de dissolution. — Les deux derniers modes de dissolution n'appartiennent pas au droit commun, et dérivent de l'*intuitus personæ* qui fait la loi du mandat. Il faut placer ici deux remarques importantes :

1° L'action *mandati* survit au mandat, lorsque le mandataire continue sa gestion, dans l'ignorance de la mort du mandant ou de la révocation qui a dissous le contrat. Sa bonne foi l'autorise alors à réclamer que le mandant ou ses héritiers prennent ses actes pour leur compte et l'en indemnisent. Mais cette considération d'équité pure est inapplicable au cas où le mandat a cessé par la renonciation du mandataire ou par sa mort; car lui-même ou ses héritiers connaissent alors l'expiration de ses pouvoirs (*Inst.*, p. 10, *hic;* f. 26, p. 1, *Dig.*, 17-1).

2° Les tiers qui traitent de bonne foi avec le mandataire, après sa renonciation, sa révocation, ou la mort du mandant, ont droit

au maintien de leurs actes. La règle est tout au moins incontestable pour le payement qu'un débiteur aurait ainsi fait, et que les textes déclarent libératoire. Cet exemple, très-énergique en lui-même, est de ceux qu'on généralise sans témérité (f. 12, p. 2; f. 34, p. 3, *Dig.*, 44-3).

APPENDICE

DU MANDATUM PECUNIÆ CREDENDÆ.

386. Il y a *mandatum pecuniæ credendæ*, lorsque sur l'ordre et aux risques et périls de Primus, Secundus devient créancier de Tertius, le plus souvent en lui prêtant des deniers. On avait douté de la validité d'un tel mandat, parce qu'au premier abord il ne semble pas intéresser le mandant. Mais on dut répondre victorieusement qu'il reçoit la vie juridique de l'exécution qui en est faite par le mandataire, et qui le rend obligatoire pour le mandant. Ce dernier prend spécialement en cette matière le nom de *mandator* (*Inst.*, p. 3, 5, 6, *hic*).

L'accomplissement de ce mandat procure au mandataire deux débiteurs, qui sont le tiers et le mandant. Le *mandatum pecuniæ credendæ* n'est donc qu'une *intercessio* et se rapproche de la fidéjussion.

Ressemblances avec la fidéjussion. — Trois ressemblances fondamentales sont à signaler entre le fidéjusseur et le *mandator*: 1° le rescrit d'Adrien accorde expressément aux fidéjusseurs le bénéfice de division, et les *mandatores* en ont toujours joui, à cause de la nature de leur dette ; 2° Justinien favorise les uns et les autres du bénéfice de discussion ; 3° s'ils ont payé le créancier, ils ont un recours contre le débiteur principal, par l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum* (f. 50, *Dig.*, 17-1 ; f. 6, *Dig.*, 27-7).

Différences avec la fidéjussion. — La source des différences qui séparent le fidéjusseur et le *mandator*, c'est que le premier s'oblige par la stipulation, contrat unilatéral et de droit strict, le second par le mandat, contrat synallagmatique et de bonne foi. En outre la *fidejussio* est un contrat accessoire, tandis que le *mandatum pecuniæ credendæ* est un contrat principal, entièrement distinct du contrat postérieur qui le réalise. De là viennent les conséquences :

1° Le *mandatum* précède la dette qu'il garantit, tandis que la *fidejussio* peut naître en même temps ou plus tard.

2° Le *mandatum*, à l'inverse de la fidéjussion, se forme valablement entre absents, et n'exclut pas les sourds ni les muets.

3° La loi Cornélia ne s'applique pas au *mandatum*, ni la nécessité pour le créancier de faire la *prædictio* exigée par la loi Apuléia (*suprà*, n° 310).

4° La dette du fidéjusseur a le même objet que l'obligation principale, tandis que le *mandator* ne doit jamais qu'une indemnité. Il ne libère donc que lui-même en payant (f. 28, *Dig.*, 17-1).

5° Même avant Justinien, la règle que le créancier éteint l'obligation de l'un des obligés en poursuivant l'autre, quoique applicable à la fidéjussion, ne concerne pas le *mandatum*. Cette conséquence dérive de la précédente. Il en résulte que le *mandator*, déjà condamné ou poursuivi, peut encore demander au créancier la cession de ses actions contre le débiteur principal et les autres *mandatores* (f. 41, p. 1, *Dig.*, 46-1).

6° Au point de vue de la cession d'actions, le fidéjusseur et le *mandator* sont séparés par toutes les différences déjà signalées entre les codébiteurs tenus d'une action de droit strict et les codébiteurs tenus d'une action de bonne foi (*suprà*, n° 305 *bis*).

7° Si la situation du *mandator* a paru jusqu'ici préférable, le fidéjusseur est en revanche plus facilement admis à se prévaloir des exceptions nées dans la personne du débiteur principal. Ainsi le *mandator* ne profite pas de la *restitutio in integrum* accordée au débiteur pour cause de minorité, eût-il ignoré l'âge de ce dernier (f. 13, *Dig.*, 4-4).

En définitive le *mandatum*, quoique mieux organisé que la fidéjussion, ne saurait néanmoins la remplacer dans tous ses usages. Car il est inapplicable aux dettes préexistantes ; et parmi les dettes futures, s'il exclut comme la fidéjussion les obligations à naître d'un délit, il exclut de plus qu'elles les obligations qui n'impliquent pas le consentement du créancier (1).

CHAPITRE XXVIII

ÉLARGISSEMENT DE LA THÉORIE DES CONTRATS ; PACTES ET CONTRATS INNOMMÉS.

A côté du système primitif des contrats, il s'en élabora lente-

(1) Les détails spéciaux de la *procuratio in rem suam* seront exposés plus loin, sur la théorie générale de la cession de créances ou d'actions, qui présuppose la connaissance de la novation.

ment et progressivement un autre, qui fait le plus grand honneur à l'esprit de réforme du préteur et des jurisconsultes.

SECTION PREMIERE

DES PACTES.

387. On a déjà vu que le mot générique de *conventio* désigne l'accord de deux ou plusieurs volontés, en vue de produire un effet juridique. Munie d'une action par le droit civil, la convention reçoit le nom spécial de contrat, *transit in nomen contractûs;* dénuée de toute action, elle prend la dénomination technique de pacte, *pactio*, *pactum*. Au fond, les termes de convention et de pacte sont équivalents pour exprimer l'idée d'un consentement d'où n'a pu sortir un contrat, faute du fait qui constitue la *causa civilis*.

La grande règle de l'ancienne loi romaine, sans différence entre les droits réels et les obligations, c'est que le simple consentement, non revêtu des formes requises, n'engendre pas d'effet. Tel est le principe abrupte et rigoureux du vieux temps. Il comportait bien quelques exceptions dès l'origine ; par exemple, les quatre contrats consensuels ne sont en réalité que des pactes obligatoires, et l'on verra bientôt que ces mêmes contrats disparaissent aussi par un simple pacte de dissolution, sous des conditions déterminées ; la loi des Douze Tables reconnaissait également au pacte la force d'éteindre de plein droit les deux actions de vol et d'injures. Mais ces dérogations trop rares n'avaient aucune portée générale. On peut aller jusqu'à dire qu'à l'époque même de Justinien, le principe de l'inefficacité du simple consentement conserve encore sa vigueur théorique.

Toutefois des modifications successives en ont sagement effacé presque tous les inconvénients pratiques. On distingue à cet égard deux classes principales de pactes, les *pacta nuda* et les *pacta adjecta* (1).

(1) A la rigueur, une classification superficielle pourrait en comprendre une troisième classe, les *pacta legitima vel prætoria*. Mais ces pactes ne sont au fond que des contrats, puisque ce sont des conventions munies d'une action par les constitutions impériales, *legitima*, ou par le préteur, *prætoria*. Il en est donc traité sur les matières qu'ils concernent. Ainsi les principaux pactes légitimes sont ceux de donation et de dot. Les principaux pactes prétoriens sont le constitut, le serment et l'hypothèque ; le pacte d'hypothèque a la force remarquable, et refusée même aux contrats, de produire un droit réel.

§ I

Pacta nuda.

388. Le *pactum nudum* est le pacte isolé, c'est-à-dire qui ne se rattache à nulle autre opération juridique, et qui reste dépourvu de toute action. Cependant les préteurs avaient proclamé, dans leur belle langue imposante, que *grave est fidem fallere;* ils devaient donc protéger tout pacte conclu sans dol et non contraire aux lois. Ils y parvinrent sans violer la lettre du droit civil, en attachant au pacte, non pas une action, mais une simple exception. De là sort l'adage, *nuda pactio actionem non parit, sed parit exceptionem* (f. 7, p. 4, *Dig.*, 2-14).

Par exemple, dans tous les cas où le créancier aura consenti au débiteur un pacte *de non petendo*, le débiteur pourra se prévaloir de l'exception contre l'action que le droit civil conserve au créancier. Si le pacte, au contraire, tend à créer une obligation, l'effet n'en sera manifesté qu'au moment où l'emploi de l'exception deviendra possible en faveur du créancier ; telle serait l'hypothèse où l'auteur du pacte aurait payé volontairement et tenterait de réclamer par la répétition de l'indû.

En résumé, lorsque la situation des parties est telle qu'une exception peut sanctionner le pacte, le préteur accorde l'*exceptio pacti*, corollaire logique et inéluctable de l'*exceptio doli* qu'il avait consacrée. Dès lors, malgré le défaut de toute généralisation sur ce point, il était vrai de dire que le pacte produisait une obligation rudimentaire, imparfaite, mais incontestable et réelle, en un mot, une de ces obligations naturelles qu'on étudiera plus loin.

§ II

Pacta adjecta.

Les pactes adjoints sont des conventions accessoires et non revêtues des formes civiles, qu'on ajoute à des opérations revêtues de ces formes, pour en modifier les effets.

Il nous faut étudier surtout le pacte adjoint à un contrat. Là surgissent deux questions délicates : 1° le pacte adjoint *ad augendam obligationem*, c'est-à-dire pour augmenter les obligations que le contrat engendre de lui-même, est-il sanctionné par l'action du

contrat? 2° le pacte adjoint *ad minuendam obligationem*, c'est-à-dire pour restreindre les conséquences normales du contrat, opère-t-il *ipso jure* ou *exceptionis ope?*

On doit subdiviser ici les pactes adjoints.

389. **Pactum adjectum ex intervallo.** — C'est le pacte qui n'accompagne pas la conclusion du contrat, et qui survient après coup, il tend à revenir sur des résultats déjà produits. Aussi ne peut-il, sans différence entre les contrats de droit strict et de bonne foi, enfanter jamais qu'une exception (C. 13, *Cod.*, 2-3).

Dès lors, intervenu pour diminuer l'obligation, par exemple dans le but d'affranchir le vendeur de sa dette de garantie, il opère seulement *exceptionis ope*. Intervenu pour augmenter l'obligation, par exemple dans le but d'exiger que la *cautio duplæ* soit fournie *cum satisdatione* au lieu d'une *nuda repromissio*, il n'est pas sanctionné par l'action du contrat et reste non avenu, à moins qu'il n'ait été volontairement exécuté et que la partie qui en a profité ne l'invoque comme défenderesse (f. 7, p. 4, *Dig.*, 2-14).

Il est bon de remarquer néanmoins que le pacte *ex intervallo*, lorsqu'il a pour but de dissoudre un des quatre contrats consensuels ou de lui en substituer un nouveau, produit son effet *ipso jure*, en vertu de la règle que ces contrats s'éteignent comme ils se forment, c'est-à-dire par le consentement. Mais ils rentrent dans le droit commun, lorsque le pacte *ex intervallo* ne tend pas à les supprimer, et tente seulement de les modifier dans leurs éléments non essentiels, *adminicula* (f. 72, *Dig.*, 18 1).

390. **Pactum adjectum in continenti.** — C'est le pacte qui précède, accompagne ou suit sans intervalle la conclusion du contrat. Il n'en est donc qu'une clause, peut-être essentielle et déterminante.

Contrats de bonne foi. — Aussi la règle est-elle que le pacte adjoint *in continenti* à un contrat de bonne foi en fait partie intégrante, *inest contractui*; ce n'est là qu'une conséquence du pouvoir qu'a le juge de prononcer en cette matière suivant l'équité. Il est donc obligatoire comme le contrat lui-même. Les obligations qu'il en retranche sont supprimées de plein droit, comme si elles n'eussent jamais existé; les obligations qu'il y ajoute sont sanctionnées par l'action du contrat (f. 7, p. 5, *Dig.*, 2-14).

Contrats de droit strict. — Pour les pactes adjoints *in continenti* aux contrats de droit strict, les textes ne s'expliquent qu'à l'occa-

sion du *mutuum* et de la stipulation; car le contrat *litteris* n'existait plus, au temps où les recueils furent compilés sous Justinien. Mais la doctrine classique assimilait peut-être sur ce point le prêt fictif ou *nomen transcriptitium* au prêt réel ou *mutuum*.

Il est probable qu'à l'origine, un pacte quelconque adjoint *in continenti* aux contrats de droit strict, pour en augmenter ou pour en diminuer les effets, avait exactement la même force qu'un pacte *ex intervallo* et n'engendrait jamais qu'une exception. La nécessité de la *causa civilis* amenait inévitablement à cette conclusion. Puisque le consentement tirait sa force légale du fait extrinsèque de la tradition, des paroles ou de l'écriture, cette force légale devait se mesurer sur ce fait; l'obligation créée ne pouvait aller au delà ni rester en deçà de la *causa civilis*. En d'autres termes, si dix ont été prêtés, ou promis, ou portés sur le *codex*, dix seront dus; un pacte, étranger à la *causa civilis* qui a produit ce résultat, ne saurait le modifier; et, s'il augmente ou diminue l'obligation, ce ne sera jamais que par la voie prétorienne de l'exception.

Mais les grands jurisconsultes adoucirent ces rigueurs de logique. On admit d'abord que les pactes adjoints *in continenti* au contrat verbal, pour diminuer l'obligation, opéreraient de plein droit. Ce premier pas entraîna le second; un nouveau progrès fut d'attacher l'action du contrat de droit strict au pacte qui venait *in continenti* en augmenter les obligations (f. 4, p. 3, *Dig.*, 2-14; f. 11, p. 1; f. 40, *Dig.*, 12-1; f. 1, p. 3, *Dig.*, 45-1; C. 27, *Cod.*, 2-3).

Le *mutuum* fut lancé, comme la stipulation, dans cette direction nouvelle. Peut-être en avait-il subi le premier l'influence; car il est difficile d'admettre qu'on n'ait pas validé de tout temps certains pactes presque inséparables de ce contrat, notamment l'indication d'un terme pour le remboursement. En revanche, parmi les nombreuses conventions destinées à le modifier, il en est une qui resta toujours soumise à la doctrine restrictive. En aucun temps, même sous Justinien, le pacte d'intérêts adjoint au *mutuum* d'argent ne fut obligatoire. Cette restriction a de l'importance, parce que le *mutuum* d'argent est le plus usuel. Elle tient probablement à la formule de l'action qui naît de ce contrat, formule dont les termes, comme on le comprendra plus tard, limitent immuablement à la quantité prêtée le montant de la condamnation (f. 71, *Dig*, 46-1; C. 12, C. 23, *Cod.*, 4-32).

En résumé, la jurisprudence classique assura de plus en plus la

prédominance de l'équité naturelle sur les principes artificiels, et finit par assimiler à peu près les contrats de droit strict aux contrats de bonne foi, dans l'importante matière des pactes adjoints.

391. **Pactes dans les aliénations.** — Il est évident que des pactes devaient s'adjoindre fréquemment à des aliénations, soit translatives de propriété, soit constitutives de droits réels. Ajoutés *ex intervallo*, ils ne sauraient avoir plus de force que dans les contrats.

Pactes pour diminuer. — Ajoutés *in continenti* pour diminuer les résultats normaux de l'aliénation, ils étaient valables. C'est ainsi qu'on pouvait déduire par *retentio* une servitude de la propriété aliénée par mancipation, différer à l'aide d'une condition ou d'un terme l'effet translatif de la tradition, etc. Encore fallait-il que ces pactes restrictifs ne fussent exclus, ni par la nature du droit aliéné, comme les clauses directement résolutoires de la propriété, ni par la forme du mode d'acquérir employé, comme toute modalité exprimée dans la mancipation ou l'*in jure cessio*, etc.

Pactes pour augmenter. — Quant aux pactes ajoutés *in continenti* pour aggraver les conséquences ordinaires de l'aliénation, c'est-à-dire pour en faire la source d'uue obligation, l'ancien droit romain les subdivisait sans doute en deux catégories.

1° Si l'acquéreur ne s'engage par le pacte qu'à restituer la chose ou la valeur reçue, il est obligé. Tel est, au fond, le cas du *mutuum* où le pacte devient contrat. Tels sont les cas déjà connus de la donation à cause de mort sous condition résolutoire, du gage et du dépôt constitués par une aliénation, etc. Dans ces hypothèses, l'obligation est sanctionnée par une *condictio sinè causâ*, fondée sur la disparition de la cause de la propriété. Les parties prévoyantes donnaient à ce pacte la forme de la *fiducia*, distincte de l'acte d'aliénation, et qui devenait un véritable contrat, productif de l'action *directa fiduciæ* pour l'aliénateur, et de l'action *contraria fiduciæ* pour l'acquéreur.

2° Mais si l'acquéreur s'engage par le pacte à restituer plus qu'il n'a reçu, ou à fournir un fait en retour, l'opération constitue ce qu'on appelle une *datio ob rem* (dation en vue d'un but). Plusieurs textes classiques sanctionnent en général ce pacte comme tous les autres; mais ils n'expriment pas le droit originaire.

C'est ici que surgit la célèbre théorie des contrats innommés (f. 48, *Dig.*, 2-14; *Fr. Vat.*, 50).

SECTION DEUXIÈME

DES CONTRATS INNOMMÉS.

Dans la conception qu'en ont eue les jurisconsultes de la grande époque, le contrat innommé n'est en réalité qu'un pacte synallagmatique, qui s'est transformé en contrat par l'exécution qu'il a reçue de l'une des parties.

Cette exécution, une fois accomplie après la convention, constitue en quelque sorte la *causa civilis* qui lui manquait pour devenir obligatoire. Il n'est donc pas inexact de considérer en eux-mêmes les contrats innommés comme une espèce de contrats réels, puisqu'ils se forment *re*. Mais il n'en faut pas faire une subdivision technique des contrats réels proprement dits; car dans l'idée romaine, ces derniers ont toujours pour *res* une tradition.

392. De leurs éléments constitutifs. — Prenons les contrats innommés au temps où l'existence n'en est plus contestée. Deux éléments sont indispensables pour les former : 1° une convention bilatérale, qui tend à mettre une prestation à la charge de chaque partie; 2° l'accomplissement par l'un des contractants de la prestation qui lui incombe, en vue d'obtenir celle que lui a promise l'autre contractant.

Il n'est pas besoin d'ajouter que la convention, soit en elle-même, soit exécutée d'une part, doit rester en dehors de tout contrat nommé.

Classification. — On sait que toutes les prestations possibles reviennent à deux grands objets, *dare* ou *facere* (*suprà*, n° 249). Dès lors il est clair que toutes les formes innombrables de conventions suivies d'exécution rentrent dans l'une des quatre catégories suivantes, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*. Comme l'a dit un économiste moderne, ces quatre classes de contrats innommés embrassent toutes les combinaisons sociales de l'échange, produit contre produit, produit contre service, service contre produit, service contre service (f. 5, *Dig.*, 19-5).

Dare désigne ici toute aliénation valable, c'est-à-dire émanée d'un propriétaire capable. Il n'y a pas à se préoccuper de la nature du droit réel qui en est l'objet, ni du mode employé pour y procéder. La prestation constitutive des contrats *do ut des*, *do ut facias* peut donc consister dans le transfert d'une propriété quiritaire,

d'un fonds provincial, ou dans la constitution d'une servitude, d'une hypothèque, d'une emphytéose, etc. Quant au *facere*, il comprend d'abord le *non facere*, et désigne tout fait actif ou passif, juridique ou non; il en résulte les contrats *facio ut des*, *facio ut facias*, à la double condition que ce fait comporte une exacte estimation pécuniaire, et qu'il se trouve définitivement accompli.

393. **De leur formation progressive.** — Telle est bien la notion classique des contrats innommés. Mais elle ne se forma pas d'un seul jet, et l'on peut distinguer trois périodes principales dans l'élaboration de la doctrine romaine à cet égard.

Première période. — Le point essentiel de la première période, c'est qu'on n'y connaît que les contrats nommés, c'est-à-dire consacrés et qualifiés par l'ancien droit civil. En dehors d'eux, nulle action contractuelle.

Si donc une personne exécute, à la suite d'une simple convention bilatérale, un fait qu'elle a promis en vue d'obtenir un autre fait ou quelque chose, aucun moyen ne lui est donné de forcer l'autre partie à s'exécuter aussi. Sans doute le droit commun lui ouvrait quelques actions non contractuelles pour revenir sur son acte; par exemple, si le fait consistait dans la remise matérielle d'un objet, elle était admise à la revendication de cet objet; mais elle y devait faire la preuve de sa propriété, et ne pouvait demander des dommages-intérêts pour l'inexécution. Ce remède, et tous les autres pareils, ne constituaient donc qu'une ressource incertaine et précaire (f. 18, 19, 20, 22, *Dig.*, 19-5).

Dans les hypothèses *do ut des*, *do ut facias*, l'auteur de la dation ne saurait davantage exiger la prestation promise par l'autre partie. Mais il a du moins, pour redemander sa chose, une *condictio ob rem dati* ou *condictio causa data causa non secuta*, action non contractuelle, fondée sur le principe que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. L'acquéreur est donc obligé, mais seulement à rendre ce qu'il a reçu, et sous la condition qu'il ne veuille ou ne puisse satisfaire à la convention. De là résultent des conséquences regrettables pour l'un ou l'autre : 1° l'auteur de la dation supporte les risques de l'objet qu'il a donné ; car son action suit le sort et se réduit à la valeur actuelle de sa chose, perdue ou détériorée par la négligence et sans le fait actif de l'acquéreur ; 2° tant que l'acquéreur ne s'est pas exécuté, même en l'absence de toute faute de sa part, il est passible de la *condictio*. Spécialement dans

l'hypothèse *do ut des*, il supporte les risques de l'objet qu'il doit donner, en ce sens que la perte même fortuite de cette chose n'empêche pas l'auteur de la dation d'intenter la *condictio ob rem dati*; car la condition de cette action est accomplie, etc. (f. 65, p. 4, *Dig.*, 12-6 ; f. 16, *Dig.*, 12-4).

Deuxième période. — Dans une seconde période, on se rapprocha d'une doctrine plus équitable et plus juridique, en organisant une protection moins étroite pour l'auteur de la dation ou du fait; mais on n'arriva pas encore à l'idée de contrat.

En effet, l'action prétorienne *de dolo* était inventée. On l'applique aux hypothèses *facio ut facias*, *facio ut des ;* il y a dol, de la part de l'une des parties, à profiter du fait de l'autre sans donner ou faire l'équivalent promis. Quant aux hypothèses *do ut des*, *do ut facias*, toujours munies de la *condictio ob rem dati*, elles peuvent en outre aboutir parfois à l'action de dol; c'est notamment lorsque l'acquéreur s'est mis par sa faute en retard d'exécuter, et que la chose a péri entre ses mains depuis sa demeure, etc. (f. 5, p. 3 ; f. 16, p. 1, *Dig.*, 19-5).

Mais cette action de dol présentait bien des inconvénients. En sa qualité de prétorienne, elle n'était qu'annale. Après l'année ou contre les héritiers de l'auteur du dol, elle se restreignait à la mesure du profit acquis par le défendeur, au lieu de comprendre tout le préjudice subi par le demandeur. Elle entraînait enfin note d'infamie contre le condamné.

Troisième période. — De ces divers moyens, qui faisaient abstraction de l'idée de contrat, on finit par s'élever à la théorie plus juste et plus sensée, qui considérait la prestation accomplie de l'un des côtés comme constitutive d'un contrat. Cette conclusion ne fut atteinte qu'après de longues luttes et par étapes successives. Elle triompha d'abord dans les hypothèses *do ut des*, *do ut facias*, vers le commencement du second siècle de notre ère. Elle s'étendit ensuite au *negotium facio ut facias*. Il est enfin probable qu'elle embrassa le cas de *facio ut des* dans le cours du troisième siècle, peut-être sous le règne d'Alexandre Sévère (f. 7, p. 2, *Dig.*, 2-14; f. 15, *Dig.*, 19-5 ; C. 6, *Cod.*, 2-4).

Mais la plupart des jurisconsultes sabiniens, tout en se prêtant à l'admission des contrats innommés, refusaient de les sanctionner par une action spéciale, et voulaient leur attacher, à titre utile, l'action du contrat nommé le plus analogue; ainsi, pour citer un

exemple, ils faisaient produire au contrat innommé d'échange, *permutatio*, les actions de la vente. L'opinion des Proculiens était contraire ; pour une espèce distincte de contrats, ils voulaient une action distincte, et cet avis plus logique devait prévaloir. Or il existait, probablement depuis le jurisconsulte Labéon, une action contractuelle par essence, et qui ne se donnait jamais qu'à défaut de toute autre action contractuelle, c'est-à-dire en certains cas où l'on avait déjà reconnu des contrats innommés. Cette action s'appelait *præscriptis verbis*, parce qu'en l'absence d'un nom technique pour désigner l'opération, le narré du fait devait se trouver au début de la formule (*præscripta verba*). Ce fut cette action que les Proculiens, et sans contredit la doctrine définitive, attachèrent spécialement à tous les contrats innommés (f. 13, p. 1, *Dig.*, 19-5).

394. **Droit définitif.** — Pour conclure, après l'achèvement de la théorie, on peut dire que l'action *præscriptis verbis* est la marque certaine et la sanction normale des contrats innommés. Elle appartient à la partie qui a exécuté, pour obtenir l'exécution de la prestation correspondante, ou la réparation du préjudice que lui cause l'inexécution. En thèse générale, cette action existe seule dans les hypothèses *facio ut facias, facio ut des* (f. 25, *Dig.*, 19-5).

Condictio ob rem dati. — Mais dans les hypothèses *do ut des, do ut facias*, il s'ouvre souvent, outre cette action, une autre voie devant l'auteur de la dation. La faculté lui appartient, en principe, de répéter sa chose par la *condictio ob rem dati*; il choisit entre cette action et la précédente, c'est-à-dire entre la résolution et l'exécution du contrat. Mais la *condictio* n'a plus à présent son ancienne rudesse, et, pour qu'elle soit possible, il faut que l'autre partie se soit mise, par son dol ou sa faute, hors d'état d'exécuter à son tour le contrat, ou qu'elle ait laissé passer le temps fixé pour l'accomplissement. Ainsi comprise, cette *condictio* n'est pas difficile à justifier. Car, en droit, l'auteur de la dation n'aliène que sous la condition résolutoire de reprendre l'objet, si l'autre partie ne remplit pas sa promesse. En fait, la répétition lui est souvent plus avantageuse que l'exécution, notamment lorsque la chose donnée a reçu une plus-value, ou que la chose due s'est détériorée (f. 5, p. 2, *Dig.*, 19-5 ; C. 10, *Cod.*, 4-6).

Condictio ex pœnitentiâ. — De plus, dans certaines applications exceptionnelles du *negotinm do ut facias*, l'auteur de la dation est armé d'une *condictio ex pœnitentiâ*, c'est-à-dire du pouvoir de dis-

soudre le contrat par un changement de volonté notifié au débiteur. C'est lorsque la dation est intervenue pour obtenir de l'acquéreur un fait quelconque, dont l'avantage ne doit profiter qu'à l'aliénateur ou à un tiers; dans le premier cas, l'opération se rapproche beaucoup du mandat, toujours révocable au gré du mandant; le second cas constitue pour le tiers une libéralité que son auteur est toujours maître de retirer jusqu'à l'entière exécution. La *condictio ex pœnitentiâ* se fonde donc sur les principes généraux. Aussi n'est-elle possible qu'avant l'expiration du délai accordé au débiteur, et lorsque le fait convenu se trouve irréalisable par hasard ou par suite de force majeure. Elle ne s'exerce qu'à la charge d'indemniser le débiteur des frais qu'il a faits pour commencer ou préparer l'exécution; elle se trouve donc inutile, si les impenses à rembourser égalent la valeur de la chose donnée (f. 3, p. 2-3; f. 5 pr., p. 1-2, *Dig.*, 12-4).

En résumé, les contrats innommés n'engendrent d'action qu'au profit de celle des parties qui s'est exécutée. On n'en doit pas conclure qu'ils soient unilatéraux. La convention originaire s'est transformée en contrat par un fait d'exécution ; or elle était synallagmatique, et communique nécessairement sa nature au contrat. On verra plus tard que cette remarque n'est pas sans importance pratique.

CHAPITRE XXIX

DES QUASI-CONTRATS, OU DE LA DEUXIÈME CAUSE DES OBLIGATIONS.

395. Suivant une observation déjà présentée, l'obligation naît *quasi ex contractu*, lorsqu'elle a pour cause un fait licite, soit volontaire, soit imposé par la loi (1).

Les Institutes énumèrent cinq exemples de faits assimilés à des contrats, l'indivision, la gestion d'affaires, la tutelle ou curatelle, le payement de l'indû, l'acceptation d'une disposition testamentaire. Le trait saillant dans tous ces cas, c'est le défaut de convention entre les parties. Il n'en faut pas moins observer que chacun de ces faits obligatoires est comme la figure d'un contrat déter-

(1) Dans le droit français, un fait imposé par la loi ne peut jamais constituer un quasi contrat (art. 1371 du Cod. civ.).

miné. Ainsi le premier a de la ressemblance avec la société; le second et le troisième, avec le mandat; le quatrième, avec le *mutuum;* le cinquième peut en avoir avec le contrat verbal.

Parmi les obligations quasi contractuelles, il en est qui prennent naissance à la charge des incapables aussi bien que des capables ; ce sont toutes celles qui ne supposent pas la volonté de l'obligé. On relèvera bientôt des conséquences de ce principe.

Les effets de la tutelle ou curatelle, et de l'acceptation d'une disposition testamentaire, appartiennent à des théories indépendantes et capitales qui ont été ou seront étudiées ailleurs. L'indivision, la gestion d'affaires et la *solutio indebiti* ont seules leur place ici.

SECTION PREMIÈRE

DE L'INDIVISION.

396. Quand une même chose appartient à plusieurs maîtres par fractions idéales, on dit qu'elle est indivise, ou qu'il y a *indivision*. Cet état se distingue de la société par des caractères qui nous sont déjà connus (*suprà*, n° 372).

De ses causes. — L'indivision résulte d'actes à cause de mort, par exemple entre cohéritiers, entre colégataires, ou d'actes entre-vifs, tels que la donation, la vente, la société, etc. En conséquence, elle s'applique tantôt à des objets particuliers, comme une maison, un esclave, tantôt à des universalités, comme une succession.

De ses effets. — Les effets de l'indivision sont uniformes ; on peut les condenser dans quelques maximes générales, en les rapportant aux trois attributs ordinaires de la propriété.

A. *Jus utendi.* — Chacun des communistes a sans conteste le droit d'user de la chose commune, sous la réserve du droit des autres. De là bien des difficultés de fait, qui ont rendu de tout temps le législateur peu favorable à l'indivision (f. 5, p. 15, *Dig.*, 13-6; C. 2, *Cod.*, 10-34).

B. *Jus fruendi.* — Tous les communistes ont un droit proportionnel aux fruits et produits quelconques de la chose commune ; ils doivent donc se tenir compte réciproquement de ce qu'ils en ont perçu.

De ce droit découle naturellement la faculté d'administration,

soumise aux grandes règles suivantes : 1° Les copropriétaires répondent entre eux du dol et de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire des fautes qu'ils ne commettent pas dans la gestion de leurs propres affaires : ils ne sont pas tenus de la *culpa levis in abstracto*, parce que leur situation leur donne, comme aux associés, intérêt et qualité pour administrer (*Inst.*, p. 3, *hic;* f. 25, p. 16, *Dig.*, 10-2).

2° Chaque copropriétaire doit autant que possible restreindre à sa propre part les dépenses qu'il fait sur la chose commune ; sinon, il n'aura, pour les répéter, que l'action de gestion d'affaires (*infrà*, n° 398). Cependant, même au delà de cette part, il peut exiger le remboursement des impenses nécessaires ou forcées, et de celles des impenses utiles qu'il a réalisées sans l'opposition de ses collègues. Il faut assimiler aux dépenses les obligations qu'il aurait contractées dans l'intérêt de la chose commune (f. 41, *Dig.*, 39-2 ; f. 4, p. 3 ; f. 14, p. 1 ; f. 28 ; f. 29, *Dig.*, 10-3 ; f. 18, p. 1, 3, *Dig.*, 10-2).

C. *Jus abutendi.* — Sont permis à chacun des communistes les actes d'aliénation ou de disposition qui n'atteignent que son droit, mais ceux-là seulement. Par exemple, il est libre de vendre ou d'hypothéquer sa part indivise, non de la grever d'une servitude (f. 7, p. 13 ; f. 14, p. 3, *Dig.*, 10-3 ; f. 2, *Dig.*, 8-1).

Pour les procès et jugements, en vertu du principe ordinaire qui restreint entre les parties l'autorité de la chose jugée, un des communistes n'était pas censé représenter les autres en justice. Cependant l'indivisibilité du droit en litige pouvait faire échec à cette règle ; par exemple, à l'égard de l'action confessoire d'une servitude prédiale, on admettait la maxime *victoria unius aliis prodest* (f. 25, p. 8, *Dig.*, 10-2 ; f. 4, p. 3, *Dig.*, 8-5).

D. *Obligation de partager.* — Tous les effets précédents de l'indivision ne sont qu'accidentels. Mais la conséquence prédominante qu'elle entraîne toujours, c'est l'obligation de partager. Chacun des communistes a le droit de sortir d'indivision ; nulle convention contraire ne l'en dépouille valablement, et les copropriétaires ne peuvent au plus qu'en différer l'exercice jusqu'à l'arrivée d'un terme préfix (f. 43, *Dig.*, 10-2 ; f. 8 ; f. 14, p. 2, *Dig.*, 10-3 ; C. 5, *Cod.*, 3-37).

De ses actions. — Ces diverses obligations produisent, entre cohéritiers, l'action *familiæ erciscundæ*, entre tous autres communistes l'action *communi dividundo*. Ces deux actions tirent visible-

ment leur nom de leur objet principal, qui est d'arriver au partage par la voie judiciaire, si l'on n'a pu l'exécuter à l'amiable. Elles seront étudiées en détail dans la théorie particulière des actions.

SECTION DEUXIÈME

DE LA GESTION D'AFFAIRES.

La gestion d'affaires (*negotiorum gestio*) est l'acte ou la série d'actes qu'une personne applique au patrimoine d'autrui, sans mandat exprès ni tacite du maître, dans l'intention de l'obliger. La première de ces deux parties s'appelle *negotiorum gestor*, la seconde *dominus rei*.

§ I

Éléments constitutifs de la gestion d'affaires.

397. — Trois éléments sont indispensables pour la formation du quasi-contrat de gestion d'affaires.

1° *Actes relatifs au patrimoine d'autrui.* — Il faut des actes de gestion relatifs au patrimoine d'autrui. Si donc j'agis pour mon compte en croyant agir pour le vôtre, je ne suis pas *negotiorum gestor* (f. 6, p. 4, *Dig.*, 3-5).

2° *Défaut de consentement du maître.* — Il faut que le maître ait ignoré ou n'ait pu empêcher la gestion, en d'autres termes, qu'elle ait eu lieu sans son consentement; sinon il y aurait un mandat exprès ou tacite (f. 60, *Dig.*, 50-17) (1).

Puisqu'elle n'exige pas la volonté de l'obligé, la *negotiorum gestio* est donc applicable aux affaires d'une hérédité jacente, d'un fou, d'un pupille. Le troisième de ces cas se dédouble : 1° tantôt la gestion intervient dans l'intérêt du tuteur, pour le préserver d'une responsabilité encourue par sa faute ; elle produit alors ses effets ordinaires ; 2° tantôt elle intervient, au contraire, dans l'intérêt du pupille ; elle ne l'oblige alors que jusqu'à concurrence de son enrichissement, bien qu'elle n'implique nul consentement de sa part; c'est que le gérant s'est rendu coupable d'imprudence en n'appelant pas le tuteur (f. 3, p. 5 ; f. 21, p. 1 ; f. 37, *Dig.*, 3-5).

(1) Dans notre droit français, l'art. 1372 pose une règle différente, et ne voit pas un mandat dans toute gestion connue du propriétaire.

Lorsque le maître ratifie la gestion d'affaires, se transforme-t-elle en un mandat ? Les jurisconsultes romains ne paraissent pas d'accord sur ce point. On concilie sans grande peine les textes divergents, si l'on admet que la ratification émanée du maître n'a d'effet qu'à son égard ; en conséquence, le *gestor* ne sera passible que de l'action de gestion d'affaires, mais il aura le choix contre le maître entre cette action et celle du mandat. La seule importance pratique de la ratification, c'est de rendre désormais indiscutable l'utilité des actes du gérant (f. 9, *Dig.*, 3-5 ; f. 60, *Dig.*, 50-17).

Enfin le quasi-contrat de gestion d'affaires se forme-t-il malgré l'opposition formelle du maître ? La question est uniquement de savoir si le gérant devient créancier ; car personne ne conteste qu'il soit débiteur et tenu de l'action de gestion d'affaires. Réduit à ces termes, le doute a été déjà tranché à propos du fidéjusseur ; une doctrine qui triompha sans doute avant le règne de Justinien, et que ce prince consacre d'ailleurs en termes formels, refuse toute action au gérant, pour les actes qu'il a faits depuis la signification, par écrit ou devant témoins, de l'opposition du maître (f. 8, p. 3, *Dig.*, 3-5 ; f. 40, *Dig.*, 17-1 ; C. 24, *Cod.*, 2-19).

3° *Double intention de rendre service et d'obliger.* — Il faut que le gérant ait agi dans la double intention de rendre service au maître et de l'obliger.

N'est donc pas *negotiorum gestor* quiconque intervient pour faire une libéralité ou pour accomplir un devoir. Par exemple, en fournissant des aliments à mes parents, je n'acquiers pas l'action de gestion d'affaires contre les personnes plus spécialement soumises à cette obligation alimentaire. En sens inverse, lorsqu'on s'immisce dans les affaires de quelqu'un, non pour lui rendre service, mais pour s'enrichir à ses dépens, on devient son débiteur sans devenir son créancier (f. 6, p. 3 ; f. 27, p. 1 ; f. 44, *Dig.*, 3-5).

Si le *gestor* s'est trompé sur l'identité du maître, ou s'est par erreur considéré comme son mandataire, la double intention de rendre service et d'obliger existe quand même, et l'on doit lui accorder l'action de gestion d'affaires, tout au moins utile. Mais supposons qu'il ait cru faire sa propre affaire ; alors, dans l'opinion qui a prévalu, il n'est pas *negotiorum gestor ;* aucune action ne lui est ouverte, et l'exception de dol sera son unique moyen de recouvrer les dépenses faites sur la chose, s'il est encore possesseur. Quant au maître, il pourra toujours reprendre au gérant son profit par une

condictio, en vertu de la maxime que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (f. 14, p. 1, *Dig.*, 10-3; f. 23, *Dig.*, 12-1).

Le pupille ne saurait, par une gestion d'affaires *sine auctoritate tutoris*, s'obliger au delà de ce qu'il en a retiré. Mais s'il voulait invoquer sa créance de gérant, sa dette lui serait opposable tout entière par compensation ; car on ne doit pas appliquer rigoureusement les principes au maître, qui n'a rien à se reprocher ici (f. 3, p. 4. *Dig.*, 3-5).

§ II

Effets de la gestion d'affaires.

398. Les conséquences de la gestion d'affaires sont assez analogues à celles du mandat. Elle produit contre le gérant l'*actio directa*, et contre le maître l'actio *contraria negotiorum gestorum*.

Obligations du *gestor*. — Le principe des obligations du gérant, c'est son immixtion volontaire dans les affaires d'autrui, et la nécessité de protéger les biens des absents. Ces obligations sont au nombre de trois :

1° Il doit indemniser le maître du préjudice qu'il a pu lui causer par dol ou par une faute quelconque ; car il fut toujours responsable, plutôt même que le mandataire, de sa *culpa levis in abstracto*. Cependant il n'est tenu que de son dol, lorsque des besoins urgents ont nécessité son intervention. En revanche, les cas fortuits eux-mêmes sont à sa charge, quand il hasarde imprudemment des affaires étrangères aux habitudes du maître (*Inst.*, p. 1, *hic* ; f. 3, p. 9; f. 11, *Dig.*, 3-5).

2° Il doit mener à fin l'affaire qu'il a commencée, et la mort même du maître ne l'en dispense pas, à la différence du mandataire (f. 21, p. 2, *Dig.*, 3-5).

3° Il doit rendre compte de sa gestion et transmettre au *dominus*, comme le ferait un mandataire, les bénéfices qu'elle a pu lui procurer (*Inst.*, p. 1, *hic*).

Obligations du *dominus*. — Le principe des obligations du maître, c'est à la fois l'intérêt social et l'intérêt privé ; personne n'aurait voulu se charger des intérêts d'un absent, si la loi n'eût assuré le recouvrement des avances raisonnablement faites dans ce but.

Le maître doit rembourser au gérant toutes ses dépenses utiles,

c'est-à-dire l'en indemniser dans la mesure où elles ont constitué des actes de bonne administration. L'utilité s'apprécie d'ailleurs au moment même des dépenses, sans tenir compte des événements postérieurs qui ont pu les rendre infructueuses. Par une conséquence de ce point de départ, le maître doit acquitter lui-même ou prendre à sa charge toutes les obligations qu'a utilement contractées le gérant. Le *dominus* est donc traité moins sévèrement que le mandant, qui rembourse toutes les dépenses conformes au mandat, abstraction faite de leur utilité (f. 10, p. 1 ; f. 25 ; f. 45, *Dig.*, 3-5).

Des tiers. — Il est permis de penser que les tiers qui ont traité avec le gérant se trouvent, envers le maître, investis ou passibles des actions utiles de gestion d'affaires, dans tous les cas où le voudraient les principes connus du mandat (*suprà*, n° 384).

SECTION TROISIÈME

DU PAYEMENT DE L'INDU.

On appelle payement de l'indû (*solutio indebiti*) toute prestation réalisée dans la volonté d'éteindre une dette qui n'existe pas, ou qui existe envers un tiers, ou qui porte sur un autre objet. Ce payement engendre la *condictio indebiti*.

§ I

Conditions de la répétition.

399. La *condictio indebiti* ne prend naissance qu'à trois conditions.

1° Indû. — Il faut que le *tradens* ait payé l'indû. Qu'est-ce que l'indû ? On sait déjà qu'à ce point de vue, le terme et la condition ont un effet différent. Qui paye avant terme ne paye que ce qu'il doit ; au contraire, le payement fait *pendente conditione* donne lieu à répétition, tant que la condition n'est pas accomplie (*suprà*, n°s 282, 292). Mais l'explication précise et technique de l'*indebitum* appelle deux observations générales.

En premier lieu, n'est pas nécessairement indû ce qui n'est pas exigible au moyen d'une action ; car une simple obligation naturelle fait obstacle à la *condictio indebiti*. Par exemple, on n'est pas

admis à répéter ce qu'on a payé en vertu d'un pacte (f. 26, p. 12 ; f. 51, *Dig*, 12-6).

En sens inverse, est quelquefois indû ce que le droit civil permet de réclamer au moyen d'une action; car le débiteur régulièrement actionné se trouve souvent protégé par une exception. Alors de deux choses l'une : tantôt il ne s'agitque d'une exception temporaire ; c'est alors comme si l'on devait à terme, et l'on ne peut répéter ce qu'on paye ; tantôt il s'agit d'une exception perpétuelle ; la *condictio indebiti* est alors accordée en règle générale, parce qu'un droit pour toujours inerte n'a pas d'existence réelle (f. 10 ; f. 26, p. 3, 7, *Dig.*, 12-6) (1).

En définitive, la question de l'indû se résout d'après l'équité ; on paye l'indû, lorsqu'on n'est tenu, ni d'une obligation naturelle, ni d'une obligation reconnue par le droit civil et pure de toute exception perpétuelle. C'est la maxime *debiti vel non debiti ratio naturaliter intelligenda est* (f. 64, *Dig.*, 12-6).

2° **Erreur.** — Il faut que le payement de l'indû ait eu lieu par erreur, c'est-à-dire pour éteindre une dette dont le *tradens* se croyait tenu. Dans le cas contraire, l'opération constituerait le plus souvent une donation, quelquefois une *datio in solutum* ou même une gestion d'affaires (*suprà*, n° 397).

L'erreur qui sert de fondement à la répétition de l'indû, est-ce l'erreur de fait ou l'erreur de droit? Les textes sont en désaccord sur cette question délicate, bien qu'une telle distinction ne paraisse pas mériter d'importance dans une action fondée sur l'équité. La vérité probable, c'est qu'en principe l'erreur de droit engendre la répétition de l'indû, comme l'erreur de fait. Par exception, si le réclamant ne veut que rentrer dans un gain dont il s'est privé en payant, l'erreur de droit ne l'autorise pas à répéter; par exemple, l'héritier qui n'a pas retenu la quarte Falcidie sur les legs ne pourra la réclamer par la *condictio indebiti* qu'en établissant une erreur de fait (ff. 7, 8, *Dig.*, 22-6 ; f. 38, p. 1 ; f. 43, *Dig.*, 12-6 ; C. 10, *Cod.*, 1-18; *Inst.*, p. 6, *hic*) (2).

Du reste, l'erreur quelconque n'est prise en considération qu'à

(1) Ce principe n'est pas appliqué dans les hypothèses, d'ailleurs assez rares, où l'exception perpétuelle est admise en haine du créancier plutôt qu'en faveur du débiteur; telle est l'exception du sénatus-consulte Macédonien. C'est que le débiteur reste alors tenu d'une obligation naturelle (f. 40, *Dig.*, 12-6).

(2) C'est dans le même sens que l'usucapion ne peut se contenter d'une bonne foi qui reposerait sur une erreur de droit (f. 4, *Dig.* 22-6).

la condition d'être excusable ; *non stultis solet succurri, sed errantibus*. Elle doit aussi se référer au passé ; le locataire qui a payé à l'avance ses loyers futurs, et qui est ensuite privé fortuitement de la jouissance de la chose, les recouvrera par une autre voie que la *condictio indebiti* (f. 9, p. 2-3, *Dig.*, 22-6 ; f. 19, p. 6, *Dig.*, 19-2).

3° **Dette non susceptible de croître au double.** — Il faut enfin que la dette payée par erreur ne soit pas une de celles qui entraînent condamnation au double contre le défendeur, s'il les a niées sans succès. Quelles sont-elles ? Les Institutes répondront plus tard à cette question. Pour le moment, il suffira d'en constater le petit nombre, qui atténue singulièrement l'importance de cette troisième règle. La comprendre est d'ailleurs difficile ; mais elle ne peut aucunement reposer sur l'idée d'une transaction tacite, parce que la transaction n'est pas valable à l'égard de ces dettes *quæ crescunt in duplum per infitiationem* (*Paul*, I, t. XIX, p. 2).

§ II

Des parties et de la preuve dans la *condictio indebiti*.

400. En principe, la répétition de l'indû appartient à l'auteur de la prestation, contre la personne qui l'a reçue. Si le *tradens* ou l'*accipiens* est un représentant, soit légal, comme le tuteur ou curateur, soit conventionnel, comme le mandataire, c'est le mandant qui est investi ou passible de la *condictio*. Il en serait autrement dans le cas où le mandat n'aurait pas compris le pouvoir de faire ou de recevoir le payement ; le mandataire jouerait alors le rôle d'un gérant d'affaires, et devrait exercer ou subir lui-même la répétition (f. 6 pr., p. 1, 2, 3 ; f. 57, p. 1, *Dig.*, 12-6 ; f. 6, p. 9, *Dig.*, 3-5).

Preuve. — La *condictio indebiti* suppose une triple preuve : 1° il faut prouver le fait du payement ; la charge en revient toujours au demandeur ; 2° il faut prouver l'inexistence de la dette ; c'est encore au demandeur qu'incombe ce soin. Exceptionnellement, le défendeur a le devoir de démontrer qu'il était bien créancier, lorsqu'il a commencé par nier le fait du payement, ou lorsque le demandeur est un pupille, un mineur, une femme, un soldat, un paysan, c'est-à-dire une personne *forensium rerum expers ;* 3° il faut prouver l'erreur ; peut-être la *justa causa ignorantiæ* doit-elle être établie

par le demandeur pour l'erreur de droit, et présumée pour l'erreur de fait (f. 25 pr., p. 1, *Dig.*, 23-3).

§ III

Effets de la *condictio indebiti.*

401. On distingue deux grandes hypothèses.

1° La réception de l'indû constitue parfois un vol. C'est lorsque l'*indebitum* est un meuble corporel, et que l'*accipiens* le reçoit de mauvaise foi, dans la vue de se l'approprier personnellement. Quand il y a vol, la *condictio indebiti* fait place aux actions qu'engendre le *furtum* (*infrà*, n° 411 ; f. 18, *Dig.*, 13-1 ; f. 43 ; f. 86, p. 6, *Dig.*, 47-2).

2° Dans tout autre cas, les effets de la *condictio indebiti* s'apprécient d'après la bonne ou la mauvaise foi du défendeur.

Etait-il de mauvaise foi lors du payement, il doit alors restituer au demandeur le capital reçu, c'est-à-dire la chose elle-même, ou pareille quantité de choses fongibles. Si la prestation consistait dans un fait juridique, tel qu'une acceptilation, il doit l'anéantir par un acte contraire ; si le fait était irrévocable, comme un voyage, un travail matériel, il doit en payer l'estimation pécuniaire. Bref, il est tenu de rétablir autant que possible l'état de choses antérieur. En outre, avec le capital, force lui est de livrer les accessoires produits entre ses mains, tels que les fruits, les acquisitions de l'esclave, etc. Seuls, les intérêts ne sont point dus au demandeur, parce que la *condictio indebiti* est de droit strict (f. 15 pr., p. 1 ; f. 26, p. 12 ; f. 31 ; f. 39, *Dig.*, 12-6 ; C. 1, *Cod.*, 4-5).

Le défendeur a-t-il été de bonne foi lors du payement, et l'est-il resté jusqu'à la demande, sa dette et sa condamnation ne dépassent pas alors son enrichissement ; car l'erreur qu'il a commise est plus excusable que celle du *tradens* (f. 65, p. 8, *Dig.*, 12-6).

Enfin le défendeur, de bonne foi lors du payement, est-il devenu de mauvaise foi plus tard ? on appliquera proportionnellement les deux mesures précédentes.

Comparaison de la *solutio indebiti* et du *mutuum*. — Les Institutes rapprochent à deux reprises le *mutuum* et la *solutio indebiti*, pour constater les ressemblances de ce contrat et de ce quasi-contrat (*Inst.*, p. 1, 6, *hic*).

En effet, l'un et l'autre engendrent une *condictio ;* l'un et l'autre

mettent *in causâ usucapiendi*, quand la tradition porte sur la chose d'autrui, et n'obligent dans ce cas à restituer *interim* au *tradens* que la possession. L'un et l'autre font une situation identique aux incapables qui par hasard y figurent, pupilles, fous, prodigues interdits ; cette situation nous est connue (*suprà*, n° 326 et 327), et nous amène à reconnaître, avec Justinien, que l'incapable n'est jamais investi ni tenu de la *condictio indebiti* ou de la *condictio ex mutuo*, mais seulement d'une *condictio sinè causâ* ordinaire. Celle-ci ne se restreint pas au profit qu'a pu réaliser l'*accipiens*, et comprend au contraire toute la valeur aliénée par l'incapable.

A la différence du *mutuum*, la *solutio indebiti* peut avoir des choses fongibles pour objet, consister dans une prestation autre qu'un transfert de propriété, et produire dans cette dernière hypothèse une *condictio incerta*.

CHAPITRE XXX

DES FAUTES DANS LES CONTRATS ET QUASI-CONTRATS.

402. Pour que nous puissions nous plaindre d'un dommage qui nous est causé, il faut que ce dommage provienne d'un fait contraire à notre droit. Ce caractère détermine la faute en général.

Entre individus qui ne sont pas unis par un lien préexistant de créance et de dette, la faute ne saurait consister que dans un acte illicite, dans la violation positive de quelque *jus in re* ou de quelque faculté essentielle, dans une atteinte aux biens ou à la personne. On entre ici dans la matière des délits ou quasi-délits, où la faute est la source d'une obligation, au lieu d'en être la conséquence. C'est la *faute pénale;* elle implique nécessairement un fait actif, elle est *in committendo*, *in faciendo*.

Mais si l'on suppose qu'un débiteur, obligé en vertu d'un contrat ou quasi-contrat, n'exécute pas son obligation ou ne l'exécute qu'imparfaitement, et que cette inexécution totale ou partielle lui soit imputable, le créancier pourra réclamer la réparation de son préjudice par l'action même du contrat ou du quasi-contrat. Ici la faute est la conséquence d'une obligation, au lieu d'en être la source. C'est la *faute contractuelle ;* elle n'implique pas nécessairement un fait actif et peut consister dans une simple omission ou négli-

gence ; elle est tantôt *in faciendo* ou *in committendo*, tantôt *in omittendo*.

La faute pénale et la faute contractuelle relèvent d'un principe commun ; c'est que la responsabilité finit où commencent, soit le cas fortuit, soit la force majeure, à moins que le débiteur ne les ait lui-même provoqués (C. 6, *Cod*, 4-24).

Mettons désormais de côté la faute pénale, qui nous occupera dans la théorie des délits et quasi-délits. Quant à la faute contractuelle, il n'y a d'intérêt à la séparer du cas fortuit qu'à propos des obligations qui portent sur un corps certain ou sur un fait ; car si la chose due n'est déterminée que dans son genre, comme de l'argent ou des denrées, les risques incombent au débiteur.

403. **Terminologie.** — Dans ces termes, toute faute contractuelle qui s'accompagne de mauvaise foi reçoit le nom de *dolus*. Il y a dol, quand le débiteur contrevient sciemment à sa dette, par une action ou par une omission.

En laissant le dol à part, la faute prend un sens plus étroit. On appelle *culpa* le fait ou l'omission qui exclut la mauvaise foi. Cette faute elle-même se subdivise en faute lourde et faute légère :

A. La faute lourde (*culpa lata*, *magna*, *nimia*, *dolo proxima*) est l'étourderie grossière, la négligence extrême, l'irréflexion contraire au sens commun ; tel est le cas d'une personne qui, débitrice de bijoux, les oublie sur la voie publique. Le droit perfectionné des deuxième et troisième siècles confond la faute lourde avec le dol en matière civile ; c'est dans cette acception qu'on dit *magna culpa dolus* (f. 213, p. 2 ; f. 223 ; f. 226, *Dig*., 50-16).

B. La faute légère ou proprement dite (*culpa levis*, plus souvent *culpa* sans qualification) est celle qui ne rentre pas dans la faute grave. Le caractère en paraît donc assez vague ; elle se balance entre les deux points extrêmes de la *culpa lata* et du cas fortuit.

On peut l'apprécier de deux manières différentes : 1° tantôt au point de vue absolu. On compare alors le débiteur au type abstrait du père de famille le plus diligent ; tout acte que n'eût point commis cet administrateur idéal est imputé comme une faute au débiteur. Dans le langage des interprètes, il est dit répondre en cette hypothèse de la *culpa levis in abstracto*, locution étrangère aux textes latins, qui déclarent dans les mêmes cas le débiteur tenu de *præstare culpam et diligentiam*, ou *custodiam* pour les obligations de corps certains ; 2° tantôt au point de vue relatif. On ne se

préoccupe alors que des habitudes personnelles du débiteur, et sa faute consiste à rester au-dessous du soin qui lui est ordinaire dans la gestion de ses propres intérêts ; il n'est dit répondre en cette hypothèse que de la *culpa levis in concreto,* idée que les Romains expriment sans nul terme technique.

Entre la faute lourde et la faute légère, la preuve fait surgir une sérieuse différence pratique. En effet, comme le dol ne se présume pas, c'est au créancier que revient la tâche de le prouver, ainsi que la faute lourde qui lui est assimilée. Au contraire, quand le débiteur tenu de la faute légère ne s'exécute pas, il doit établir qu'un cas fortuit l'a libéré.

404. **Principe commun à tous les contrats et quasi-contrats.** — Un point constant, c'est que les parties peuvent étendre ou restreindre la responsabilité pour cause de faute. Car les règles tracées à cet égard sont une simple interprétation de volonté; rien n'empêche de les aggraver par un pacte *in continenti*, ou de les adoucir par un pacte même *ex intervallo*. Une seule clause est interdite, c'est de convenir qu'on ne répondra pas du dol futur ; elle serait contraire à l'ordre public et frappée de nullité. Il faut en dire autant de la convention qui déchargerait par avance le débiteur des conséquences de sa faute lourde; car si les textes sont muets à cet égard, on sait qu'en thèse générale la faute lourde équivaut au dol (f. 23, *Dig.*, 50-17).

405. **Principes spéciaux aux obligations de bonne foi.** — L'appréciation de la faute relève ici d'une considération qu'on n'a pas assez remarquée. C'est qu'en toute action née d'une obligation de bonne foi, le juge doit statuer *ex æquo et bono ;* par conséquent, les circonstances de l'espèce prévalent nécessairement sur une théorie quelconque. De plus, le droit romain n'offre sur ce point aucune doctrine symétrique; les grands jurisconsultes avaient trop profondément scruté la pratique de la vie civile, pour songer un seul instant à tracer des règles purement scientifiques, dont l'inflexible uniformité aurait souvent choqué les premières notions de la justice.

Dès lors, les principes sont et devaient être mobiles, ce qui ressemble fort à dire qu'il n'y en a pas. Il ne faut pas affirmer que la responsabilité du débiteur personnellement désintéressé dans le contrat ou quasi-contrat se restreint au dol et à la faute lourde; vrai du commodant et du dépositaire, cet aperçu serait faux envers le mandataire, le gérant d'affaires et le tuteur. Il ne faut pas affirmer

que la responsabilité du débiteur obligé dans son propre intérêt, ou même dans son intérêt exclusif, embrasse la *culpa levis in abstracto;* vrai du vendeur, du commodataire, du gagiste, etc., cet aperçu serait faux envers l'associé, le précariste, etc.

Mieux vaut procéder par énumération : 1° ne répondent que du dol et de la faute lourde le commodant, le dépositaire et le précariste; 2° répondent de la *culpa levis* tous les débiteurs obligés dans leur propre intérêt, si ce n'est le précariste; on apprécie la faute *in concreto* à l'égard de l'associé, du communiste, du mari tenu de l'action en restitution de la dot, etc. On l'apprécie *in abstracto* dans tous les autres cas, notamment à l'égard du vendeur, du commodataire, du gagiste, du locataire, et même, dans le droit classique, du mandataire, du gérant d'affaires, du tuteur ou curateur, bien que ces personnes rendent un service gratuit.

Ces diverses décisions se justifient par des motifs particuliers à chaque sorte d'opérations, et suffisamment expliqués en leur temps. Elles s'appliquent dans les contrats de bonne foi à la faute *in omittendo* comme à la faute *in committendo* (f. 23, *Dig.*, 50-17).

406. Principes spéciaux aux obligations de droit strict. — La question des fautes ne se pose pas à propos de toutes les sources d'obligations *stricti juris;* par exemple, elle ne saurait exister dans le *mutuum* et le contrat *litteris*, puisqu'ils ont l'un et l'autre pour objet une chose de genre.

Stipulation. — Supposons donc une stipulation de donner un corps certain ou de faire : 1° dans la stipulation de donner, le débiteur ne répond pas de ses omissions ou négligences, fussent-elles dolosives; il n'est tenu que du dol ou de la faute qu'il commet *in faciendo*, encore même à la condition qu'il se sera mis ainsi dans l'impossibilité de transférer la propriété au créancier, ou de la lui transférer pleine et entière. Ainsi, quand je laisse mourir l'esclave que j'ai promis, je suis libéré; car je ne devais pas de soins. De même, quand je le livre empoisonné, je suis libéré; car je ne devais que la propriété au créancier, et je la lui donne (1). Mais si je tue cet esclave, ou si je l'affranchis, ou si je le grève d'usufruit ou d'hypothèque, je réponds de mon acte; car je prive le créancier de la propriété, ou je la lui procure amoindrie ; 2° dans la stipulation de faire, le débiteur n'est quitte qu'en justifiant d'un cas

(1) Le préteur accorderait alors au créancier l'action ordinaire de dol.

fortuit qui rend l'exécution impossible; en d'autres termes, il demeure responsable de son dol et de sa *culpa levis in abstracto* (f. 83, p. 5; f. 91 pr. et p. 1; f. 137, p. 2-3, *Dig.*, 45-1; f. 20; f. 27, *Dig.*, 46-3).

Testament. — Pour les obligations nées d'un testament, la doctrine n'a plus la même rigueur. La personne grevée d'un legs ou d'un fidéi commis nesupporte les suites de sa *culpa levis in abstracto* que lorsqu'un bénéfice doitlui rester de la disposition; dans l'hypothèse contraire, elle n'est tenue que de son dol et de sa faute lourde. Le testament peut modifier ces règles, sans effacer jamais la responsabilité du dol. Le légataire est d'ailleurs investi de la faculté de réclamer une *cautio legatorum*, comme on verra plus tard (*Inst.*, II, t. XX, p. 16; f. 25, p. 2, *Dig.*, 36-1; f. 47, p. 4-6; f. 108, p. 12, *Dig.*, 30).

CHAPITRE XXXI

DES DÉLITS, OU DE LA TROISIÈME CAUSE DES OBLIGATIONS.

(*Inst.* IV, t. I à IV.)

407. Les faits qualifiés de délits et de quasi-délits, et qui forment la troisième et la quatrième causes des obligations, se distinguent nettement des contrats et des quasi-contrats par leur nature illicite. Y a-t-il de même un criterium pour discerner le délit du quasi-délit? Dans notre droit français, le délit se caractérise par l'intention de nuire, et le quasi-délit par la simple faute. Rien de pareil à Rome; car le *damnum legis Aquiliæ*, intentionnel ou non, constitue toujours un délit, et le juge qui rend sciemment une sentence injuste ne commet jamais qu'un quasi-délit. Les Romains n'établissent donc entre le délit et le quasi-délit aucune distinction philosophique ou morale. S'ils en ont fait une, peut-être la faut-il chercher au point de vue historique; on appellerait alors délits tous les faits illicites et dommageables qu'avait spécialement prévus et nommés l'ancienne loi civile, et l'on réserverait le titre de quasi-délits aux faits illicites et dommageables que la jurisprudence postérieure ou prétorienne avait détachés des types primitifs, pour y appliquer une sanction particulière. Ce qui paraît d'ailleurs incontestable, c'est que cette distinction n'offre aucun intérêt pratique.

Les délits et les quasi-délits se ressemblent à deux points de vue :

1° Aux uns comme aux autres s'attache une action pénale, tantôt séparée de l'action en réparation du dommage, tantôt confondue dans la même instance judiciaire, mais toujours distincte par son but, qui est d'enrichir le demandeur en appauvrissant le défendeur. Elle poursuit donc une véritable amende ; seulement cette amende est attribuée à la victime du fait illicite, et se réclame d'après les règles et dans les formes de la procédure ordinaire. Cette action pénale est donc essentiellement civile. Autrement dit, les délits et quasi-délits dont l'étude s'ouvre en ce moment sont de l'ordre privé. Un abîme les sépare d'autres faits illicites qui forment l'objet du droit criminel ; ces derniers, appelés en général *crimina*, donnent lieu à des poursuites intentées suivant une procédure spéciale, devant des juridictions à part, et dont les résultats, peines corporelles ou autres, ne profitent pas à la partie lésée. Bref les délits ou quasi-délits civils engendrent des *judicia privata*, comme un simple contrat ; les infractions pénales engendrent des *judicia privata*, tout à fait étrangers à notre plan.

2° Ne sont incapables de s'obliger par leurs délits ou quasi-délits que les personnes irresponsables de leurs actes, c'est-à-dire les fous dans leurs intervalles non lucides, et les *infantes* ou les *infantiæ proximi*. Toutes les autres incapacités signalées à propos des contrats ou des quasi-contrats disparaissent ici ; car elles sont plus ou moins artificielles, et fléchissent devant la grande loi naturelle qui met à la charge de chacun son dol ou sa faute. Ainsi les esclaves, l'impubère *doli capax* ou *pubertati proximus*, les prodigues interdits, et dans le droit ancien les femmes en tutelle, s'obligent valablement par leurs délits ou quasi-délits (*Inst.*, IV, t. I, p. 18 ; f. 111, *Dig.*, 50-17).

La dénomination de délits est toujours appliquée à quatre faits principaux, le *furtum*, la *rapina*, l'*injuria* et le *damnum injuriâ datum ;* ce dernier n'implique aucune intention de nuire. Les Institutes relient la théorie des délits ou quasi-délits à celle des contrats ou quasi-contrats par une observation spécieuse ; c'est qu'en notre matière actuelle l'obligation se forme toujours *re*. En d'autres termes, pour s'obliger par un fait délictueux, il ne suffit jamais de le vouloir, ni même d'en manifester la volonté verbalement ou par écrit, ou par une tentative ; il faut le commettre (*Inst.*, IV, t. VI, p. 1 ; ff. 5 ; f. 25, p. 1, *Dig.*, 44-7 ; f. 52, p. 19, *Dig.*, 47-2).

SECTION PREMIÈRE

DU FURTUM (*Inst.*, IV, t. I).

Le *furtum* romain diffère du vol français sous plusieurs rapports.

§ I

Éléments constitutifs du *furtum*.

408. Les éléments constitutif du *furtum* tiennent en partie à la chose volée, en partie au fait du voleur. On peut en signaler trois.

Contrectatio rei. — Il faut d'abord l'élément matériel, le fait, qui doit consister en une *contrectatio rei*. Ce mot, beaucoup plus large que notre terme de *soustraction*, exprime une idée de maniement, d'appréhension avec ou sans déplacement, pourvu que le déplacement soit possible. Ainsi le gagiste peut commettre un *furtum* en refusant la restitution du gage; son acte pourtant ne constitue ni soustraction ni déplacement.

Il résulte de là que le *furtum* suppose de toute nécessité une chose corporelle et mobilière. Le vol des immeubles fut déclaré impossible, après une controverse dont les traces sont nombreuses; mais les préteurs protégèrent la possession immobilière par le moyen des *interdicta* (*Inst.*, II, t. VI, p. 7; *Gaïus*, II, 51).

En outre, une chose ne saurait faire l'objet d'un *furtum* qu'à la condition d'être *in commercio*. Ainsi ne sont pas susceptibles de vol les *res sacræ* ni les *res publicæ;* mais des pénalités spéciales en punissaient l'usurpation (*lex Julia peculatûs*). De même, les personnes libres restent en dehors de ce délit, et leur séquestration constitue le crime particulier de *plagium* (*lex Favia de plagiariis*). Par exception, le *furtum* est applicable aux individus *in potestate*, au *judicatus* ou débiteur que le créancier a le droit d'incarcérer dans sa maison pour condamnation inexécutée, à l'*auctoratus* ou mercenaire qui s'est loué comme gladiateur. Le père, le créancier ou le *conductor* souffre un préjudice matériel de leur détournement, et peut intenter l'action *furti* (*Gaïus*, III, 199; *Inst.*, p. 9, *hic*).

Animus furandi. — Il faut ensuite l'élément moral, l'intention, que les textes appellent *animus furandi*. Il comprend la double volonté de voler et de faire un gain.

Volonté de voler. — La volonté de voler, c'est ce qui rend la

contrectatio frauduleuse. Elle implique en premier lieu le discernement, et n'existe donc jamais chez quiconque n'est pas *doli capax* (*suprà*, n° 407). Elle suppose en second lieu la mauvaise foi du délinquant, c'est-à-dire la conviction d'agir contre le gré du maître, *invito domino*. Par exemple, un héritier dispose d'un objet qu'il croyait héréditaire, l'usufruitier d'une esclave dispose du part qu'il s'imagine lui appartenir; l'erreur de fait du premier et l'erreur de droit du second excluent également le vol. Il va de soi que l'erreur n'est excusable qu'en de certaines limites (*Inst.*, II, t. VI, p. 4-5).

Volonté de faire un gain. — Mais il n'y a pas encore de *furtum*, si la *contrectatio fraudulosa* n'est faite par le délinquant pour s'approprier la chose, *animo intercipiendi* ou *lucri faciendi gratiâ*. Donc n'est pas voleur quiconque détourne la chose d'autrui par le seul désir de nuire, en vue de la détruire immédiatement; son acte sera réprimé comme délictueux, mais non pas en qualité de vol. Du reste, le gain subsiste lorsqu'on vole pour donner; car, ainsi que le dit Gaïus, *species lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi adquirere* (f. 54, p. 1, *Dig* , 17-2).

L'*animus furandi* est par conséquent une condition assez complexe du vol, et Justinien n'exagère rien en disant que *furtum ex affectu consistit* (*Inst.* p. 18, *hic*).

Læsio alicujus. — Il faut enfin que la *contrectatio* accompagnée de l'*animus furandi* produise un préjudice pour quelqu'un, une atteinte aux droits d'autrui. En d'autres termes, il faut que le délinquant ait réellement agi *invito domino*.

De là vient que le vol est inapplicable aux choses qui n'ont ni propriétaire, ni possesseur, ni détenteur intéressé à les conserver, comme sont les *res derelictæ*. Quant aux *res hereditariæ* en particulier, il ne suffit pas qu'elles aient un propriétaire pour que le vol en soit possible ; il faut de plus qu'elles aient un possesseur ; ainsi, tant que l'hérédité demeure jacente, et même après l'adition d'hérédité, jusqu'à la prise de possession réelle par l'héritier, l'intrus qui s'en empare ne commet pas un *furtum* (1). Cette règle bizarre, destinée sans doute à faciliter l'usucapion *pro herede*, ne doit pas se généraliser; car les textes voient un vol dans l'occupation frauduleuse d'une chose perdue, parce qu'elle a encore un propriétaire;

(1) Mais il encourt depuis Marc-Aurèle le *crimen expilatæ hereditatis* (*suprà* n° 188).

cependant elle n'a plus de possesseur (f. 43, p. 4, 5, 6, *Dig.*, 47-2; *Gaïus*, III, 201; *Paul*, II, 31, p. 11).

Furtum rei, vel usûs, vel possessionis. — C'est par cette condition de la *læsio alicujus* que le *furtum* romain présente son caractère le plus curieux : 1° il y a *furtum rei*, en effet, lorsqu'on prend la chose d'autrui, et que le droit lésé est la propriété; notre Code pénal n'en connaît pas d'autre; 2° il y a *furtum usûs*, lorsque le détenteur régulier de la chose d'autrui en use sans droit, ou dépasse l'usage qu'il a droit d'en faire; le premier cas est celui du gagiste et du dépositaire, le second est celui du commodataire; 3° il y a *furtum possessionis*, lorsqu'un propriétaire dépouille de sa chose, soit un possesseur intéressé à conserver la possession, comme le gagiste non payé, l'acheteur de bonne foi, soit un détenteur intéressé à conserver la détention, comme l'usufruitier ou le commodataire avant le terme fixé pour la restitution (*Inst*, p. 6, 7, 10, *hic*; *Gaïus*, III, 200).

Il est donc manifeste que, dans la loi romaine, le propriétaire peut se trouver voleur de sa propre chose.

409. **Définition.** — Ainsi la définition du vol, pour être complète, doit s'offrir sous la forme suivante : *furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratiâ, ledens aliquem.*

Quand l'un de ces trois éléments vient à manquer, il n'y a pas de vol. C'est par application de ce principe que le commodataire, tout en croyant faire de la chose prêtée un usage contraire à la volonté du maître, ne commet pas un *furtum*, s'il se trouve qu'en réalité le propriétaire consentait à ce changement d'usage.

Mais Justinien innove dans un cas spécial. Je conseille à l'esclave de Primus de voler son maître et de me livrer le produit du vol; l'esclave avertit Primus, qui l'invite à me porter l'objet, pour me prendre en flagrant délit. Y a-t-il lieu contre moi, soit à l'*actio furti*, soit à l'*actio servi corrupti*, action que le préteur donne au maître pour le double du préjudice qui lui est causé dans la valeur physique ou morale de son esclave? Les jurisconsultes classiques refusaient l'une et l'autre, l'*actio furti* parce qu'il n'y avait pas eu de vol, l'*actio servi corrupti* parce qu'il n'y avait pas eu de corruption. Justinien prend le contre-pied de cette décision et donne les deux actions; il entre par là dans la voie qui a conduit notre loi moderne à punir souvent la tentative comme le délit consommé. L'indemnité sera ce qu'elle eût été si l'esclave s'était laissé corrompre (*Gaïus*, III, 198; *Inst.*, p. 8, *hic*).

§ II

Diverses espèces de vol.

410. Le droit romain fait une distinction principale entre le *furtum manifestum* et le *furtum nec manifestum.*

Sens de la distinction. — A l'époque classique, quatre systèmes sont en lutte : 1° il n'y a vol manifeste qu'autant que le voleur est pris sur le fait, dans la perpétration même de l'acte, ou, pour employer l'expression moderne, en flagrant délit ; cette opinion avait prévalu peut-être à l'origine ; 2° il suffit que le voleur soit pris sur le théâtre du vol, *in oliveto, in vineto, in domo*, sans rechercher si le délit est ou non consommé ; cette doctrine l'emporte au temps de Gaïus, qui l'adopte ; 3° le voleur est-il encore nanti de la chose quand on le découvre, même plusieurs jours après le délit et dans un lieu quelconque, le vol est manifeste ; Gaius constate que cette rigueur était unanimement réprouvée de son temps, par la raison sans doute que les caractères d'un délit doivent s'apprécier au moment du délit ; 4° dans le droit de Justinien, il y a *furtum manifestum* lorsque le voleur est surpris avant d'avoir porté la chose à sa destination, le jour même du vol (*Gaïus*, III, 183-185 ; *Inst.*, p. 3, *hic*).

Intérêt de la distinction. — L'intérêt de cette distinction était grand, surtout dans la législation des Douze Tables. Le voleur non manifeste n'encourait qu'une peine pécuniaire, égale au double du préjudice causé, et poursuivie par l'action *furti nec manifesti.* Le voleur manifeste subissait la flagellation, et l'on s'en tenait là pour l'impubère ; contre le pubère la peine devenait capitale. C'était la mort pour l'esclave, qu'on précipitait de la roche Tarpéienne. C'était pour l'homme libre une sentence d'*addictio* qui l'attribuait à la personne volée ; il en résultait une *capitis deminutio* dont la nature est incertaine, mais qui, si elle n'était l'esclavage, y conduisait rapidement. Ce châtiment exagéré du vol manifeste fut adouci par le préteur ; il y substitua une peine pécuniaire du quadruple, poursuivie par l'action *furti manifesti* (*Gaïus*, III, 189, 190 ; *Inst.*, p. 5, *hic*).

Du reste, à toutes les époques et dans tous les systèmes, la distinction du vol manifeste et du vol non manifeste aboutissait à favoriser le voleur habile. Ce point de vue n'était pas rare dans l'antiquité ; Sparte et l'Égypte l'ont également connu.

§ III

Actions qui naissent du vol.

411 Dans l'ancien droit romain, des circonstances accidentelles attachaient au vol des actions particulières ; il suffira d'en tracer une rapide esquisse.

La loi des Douze Tables autorisait la perquisition de la chose volée. La recherche pouvait se faire *lance licioque*, c'est-à-dire par un homme vêtu seulement d'une ceinture de lin et qui tenait un plat à la main; le recéleur était puni comme voleur manifeste. La recherche pouvait aussi se faire en présence de témoins, sans l'intervention de ces formes solennelles; elle produisait alors contre le détenteur une action au triple, appelée *furti concepti*. Supposons que ce détenteur eût reçu la chose, de bonne foi, d'un individu qui voulait rejeter sur lui les risques de la perquisition, il avait alors contre ce dernier une autre action au triple, dite *furti oblati* (*Gaïus*, III, 186, 187, 191).

Le préteur à son tour organisa deux actions : l'une au quadruple, *furti prohibiti*, contre quiconque s'opposait à la perquisition solennelle de la chose volée ; l'autre, *furti non exhibiti*, contre la personne chez qui l'objet avait été solennellement recherché et découvert, après son refus de le représenter. La seconde n'est mentionnée que par les Institutes et par Théophile ; mais il est vraisemblable qu'on y avait attaché aussi la peine du quadruple, pour étendre au détenteur l'adoucissement de la peine du vol manifeste (*Gaïus*, III, 192).

Ces diverses procédures tombèrent en désuétude, et l'abrogation tacite en fut confirmée sous Justinien. Mais le vol ne cessa pas d'engendrer deux catégories très-distinctes d'actions, les unes pour tendre à la réparation du préjudice causé, *ad rei persecutionem*, les autres pour tendre à la punition pécuniaire du voleur, *ad pœnæ persecutionem*.

412. Actiones rei persecutoriæ. — Les actions destinées à poursuivre la réparation du préjudice causé sont d'un côté la revendication et l'*actio ad exhibendum*, d'un autre côté la *condictio furtiva*. Les deux premières n'ont ici rien de contraire au droit commun, puisque le vol laisse la propriété au volé. La troisième présente un caractère exceptionnel ; car elle vise à procurer au volé la propriété

qu'il a déjà. Mais elle s'explique *odio furum*, par la nécessité d'attribuer au volé certains avantages de la qualité de créancier.

En effet, quand la chose a péri fortuitement, le voleur est libéré de la revendication et de l'action *ad exhibendum;* mais il reste tenu de la *condictio furtiva*, parce que le vol l'a mis en demeure de restituer, et que la demeure laisse les cas fortuits à la charge du débiteur. Par une application plus rigoureuse encore du même principe, la condamnation sur la *condictio furtiva* égale toujours la plus haute valeur que la chose a pu avoir depuis le délit; au contraire, le défendeur à la revendication ou sur l'action *ad exhibendum* se libère en restituant l'objet tel quel, c'est-à-dire dans l'état où il se trouve sans son dol ni sa faute. Enfin la *condictio furtiva* se donne toujours contre les héritiers du voleur, continuateurs de sa dette; mais ils n'encourent la revendication ou l'action *ad exhibendum* qu'à la condition de posséder la chose volée (f. 20; f. 8, p. 1, *Dig.*, 13-1 ; *Inst.*, p. 19, *hic*).

Du reste, ces trois actions ont pour traits communs de n'appartenir, en principe, qu'au propriétaire de la chose volée, de passer activement à ses héritiers, et de ne s'intenter qu'à l'encontre de l'auteur ou des auteurs du vol, non des simples complices (*Inst.*, p. 19, *hic;* f. 1 ; f. 6, *Dig.*, 13-1).

Ces actions ne se cumulent pas entre elles, parce qu'un même préjudice ne peut donner droit à plusieurs réparations. Mais elles se cumulent avec l'action purement pénale qu'il nous faut aborder maintenant (f. 7, p. 1, *Dig.*, 13-1).

413. **Actio furti.** — L'action destinée à poursuivre la punition pécuniaire du vol, au profit du volé, s'appelle *actio furti*. On sait déjà qu'elle aboutit tantôt au quadruple, tantôt au double, selon que le vol est manifeste ou non. Mais quel est le *simplum*, c'est-à-dire l'unité que le juge doit quadrupler ou doubler? Le simple, c'est la valeur matérielle de l'objet, appréciée depuis le vol au moment le plus avantageux pour le demandeur, et augmentée de tout le préjudice qu'il a souffert du délit. Par exemple, si la chose a péri ou subi des détériorations après le vol, le voleur devra ce qu'elle valait quand il l'a prise; si la chose a reçu des plus-values, elles entrent dans l'estimation totale, eussent-elles disparu avant l'action. En outre, la chose avait-elle pour le volé une valeur extrinsèque? était-ce, par exemple, une reconnaissance de dette, une quittance, un esclave appelé à une hérédité, etc.? la valeur du droit qu'elle repré-

sentait s'ajoute à sa valeur matérielle (f. 27; f. 50, *Dig.*, 47-2).

Qui peut l'intenter? — A la différence des *actiones rei persecutoriæ*, l'action *furti* ne compète pas nécessairement au propriétaire, bien qu'il en soit investi le plus souvent. En thèse générale, elle appartient à la personne intéressée et passe à ses héritiers (*Inst.*, p. 13, *hic*).

Mais de quel intérêt faut-il ici tenir compte? Ce ne peut être d'un intérêt déshonnête; on ne saurait, par exemple, accorder l'action de vol au possesseur de mauvaise foi. Cette réserve faite, on doit dire que tout intérêt fondé sur la propriété ou la détention donne droit à l'action de vol.

Cet intérêt peut apparaître dans le préjudice qui résulte directement de la perte de la chose. Tel est le cas du propriétaire et de l'usufruitier; l'action de vol leur compète quelquefois ensemble, à l'un pour le double ou le quadruple de son usufruit, à l'autre en proportion de sa nue propriété. Tel est aussi le cas du possesseur de bonne foi, que le vol empêche d'usucaper (*Inst.*, p. 15, *hic*; f. 46, p. 1, *Dig.*, 47-2).

L'intérêt peut dériver aussi de la responsabilité qu'on encourt, et subsidiairement de la solvabilité qu'on présente. Par conséquent, le dépositaire et le précariste n'ont pas l'*actio furti*, parce qu'ils ne répondent pas du vol. Pour le motif contraire, elle s'ouvre au locataire, au mandataire, au gérant d'affaires, pourvu qu'ils soient solvables; autrement ils ne sauraient indemniser le propriétaire, et l'action serait donnée à ce dernier pour son propre compte. Justinien modifie ce principe à l'égard du commodat; car il laisse au commodant le choix de poursuivre le voleur par l'action *furti*, en renonçant à toute poursuite contre le commodataire, ou de poursuivre celui-ci par l'action *commodati*, en lui abandonnant la poursuite contre le voleur; son option est irrévocable (*Gaïus*, III, 205, 206; *Inst.*, p. 15, 16, 17, *hic*; C. 22, *Cod.*, 6-2).

Quant au créancier gagiste, son intérêt est double, et découle à la fois de son droit réel de gage et de sa position de débiteur. Le propriétaire partage avec lui le droit à l'action de vol, et le libère, s'il en use, de toute responsabilité du *furtum* (f. 14, p. 2, *Dig.*, 47-2; *Inst.*, p. 14, *hic*).

— Dans les cas où l'action *furti* est intentée par un autre que le propriétaire, ce dernier a-t-il le droit d'exiger l'excédant du double ou du quadruple obtenu sur le préjudice subi par le demandeur?

.Justinien mentionne les hésitations des jurisconsultes classiques à ce propos, et paraît les trancher au profit du demandeur, c'est-à-dire en lui attribuant la somme tout entière (C. 22, p. 3, *Cod.*, 6-2).

Contre qui peut-elle s'intenter ? — En sa qualité de pénale, l'action *furti* n'est pas transmissible contre les héritiers des personnes qui l'ont encourue.

Or y sont soumis : 1° le voleur lui-même ; 2° les complices, c'est-à-dire les personnes qui ont aidé le voleur de leur concours matériel ou moral, *ope*, en connaissance de cause, *consilio;* le complice n'est jamais *fur manifestus ;* 3° les recéleurs, considérés comme des continuateurs du vol, et que les textes qualifient de *pessimum genus, sinè quibus latere diù nemo potest* (*Inst.*, p. 4, 11, *hìc; Dig.*, 47-16 ; f. 34, *Dig.*, 47-2).

Exceptions. — Il y a certains cas où le voleur échappe à l'action *furti :* 1° le vol est commis par une personne *alieni juris* contre son père ou .son maître ; l'action *furti* est impossible ici comme toute autre action, mais le *pater* a le droit de punir à son gré ; 2° le vol est commis par un affranchi contre son patron ; l'action est alors écartée comme *famosa ;* 3° le vol entre époux non divorcés n'engendre pas l'action de vol, *quæ turpis negatur in honorem matrimonii;* mais il donne lieu à une réparation civile qui se poursuit, durant le mariage par la revendication ou la *condictio*, après le divorce par une action *rerum amotarum* (f. 89, *Dig.*, 47-2 ; *Dig.*, 25-2).

Dans toutes ces hypothèses et quelques autres pareilles, qu'on pourrait confondre sous le nom de *furta domestica* (réservé par les textes à certaines d'entre elles), le fait ne perd pas son caractère de *furtum*. Il produit donc son effet civil de rendre la chose *furtiva* sous le rapport de l'usucapion, et son effet pénal d'autoriser l'action de vol contre le complice (*Inst.*, p. 12, *hìc ;* f. 1 ; f. 29, *Dig.*, 25-2).

414. **Actions criminelles.** — Une peine pécuniaire dut paraître insuffisante envers les voleurs insolvables, surtout après la disparition des conséquences terribles de la vieille *manûs injectio.* Aussi la jurisprudence en revint-elle à voir dans le vol, non plus seulement un délit privé, mais une atteinte portée à l'ordre social. On permit donc au volé d'exercer un *crimen privatum* qui aboutissait à des peines corporelles. En recourant à cette voie, on se fermait l'accès de l'action *furti.* La réciproque était sans doute admise (f. 56, p. 1 ; f. 32, *Dig.*, 47-2).

SECTION DEUXIÈME

DE LA *rapina* (*Inst.*, IV, t. II).

415. La *rapina* n'est qu'un vol commis avec violence. C'est le préteur qui la sépara du simple *furtum*, et qui donna contre le *raptor* une action appelée par interversion *vi bonorum roptorum*.

Conditions. — L'enlèvement avec violence constitue la *rapina*, dans tous les cas où l'enlèvement clandestin constituerait le *furtum*. On exige donc ici les mêmes conditions que pour le vol, c'est-à-dire la *contrectatio* d'une ou de plusieurs choses mobilières et l'*animus furandi*. Quant à la violence, qui est le propre de la *rapina*, il n'importe qu'elle soit exercée par un homme seul, ou par des gens que réunit le ravisseur (*Inst.* pr., *hic*; f. 2 pr., p. 8, 12, *Dig.*, 47-8).

Les mêmes personnes que le vol aurait investies de l'action *furti* ont droit à l'action *vi bonorum raptorum* après une *rapina*. Il faut remarquer pourtant que la faute des possesseurs ou détenteurs responsables, qui fait naître leur intérêt à l'action, est ici moins facile à comprendre qu'en l'hypothèse d'un simple *furtum*; car ils ne doivent pas compte de la force majeure. Mais une *culpa* de leur part est néanmoins concevable; les textes citent l'exemple d'un débiteur d'objets précieux qui s'expose sur une route infestée de brigands (f. 1, p. 4, *Dig.*, 44-7).

Effets. — L'action *vi bonorum raptorum* tend au quadruple. Le quadruple se calcule ici comme dans l'action de vol (f. 2, p. 13, *Dig.*, 47-8; cf. f. 50, *Dig.*, 47-2).

Mais elle est mixte; en d'autres termes, elle procure jusqu'à concurrence du simple la réparation du préjudice, et n'est pénale que pour le surplus. Par conséquent, le propriétaire qui l'a exercée ne peut plus faire usage de la revendication ni de la *condictio*; réciproquement, s'il a commencé par l'une de ces dernières, il n'est plus recevable à l'action *vi bonorum raptorum*, que pour le triple (*Inst.* pr., *hic*; f. 1, *Dig.*, 47-8).

De plus, comme les actions prétoriennes en général, notre action n'est qu'annale; cette qualification signifie qu'après une année utile, elle se réduit au simple et n'est plus pénale (*Inst.* pr., *hic*).

Par ces deux caractères, elle se distingue des actions *furti*. Il en résulte que le préteur a voulu seulement aggraver pour une année

la situation du voleur non manifeste avec violence; car si la *rapina* est manifeste, mieux vaut recourir à l'action *furti manifesti*, qui est purement pénale et se cumule avec la *condictio* ou la revendication.

L'action *vi bonorum raptorum* ne se donne pas contre les héritiers du *raptor*, même pour le simple. On a pensé que la *condictio* suffirait à les dépouiller de leur enrichissement (f. 2, p. 27, *Dig.*, 47-8).

Voie criminelle. — Le *raptor* tombait aussi sous l'application de la loi *Julia de vi*, qui organisait, non pas un simple *crimen privatum* comme au cas de vol sans violence, mais une véritable poursuite criminelle ouverte à tout le monde, un *judicium publicum*. L'exercice de la réclamation pécuniaire fermait sans doute l'accès de la voie criminelle au propriétaire, mais non au tiers (*Paul*, V, t. XXVI; *Inst.*, IV, t. XVIII, p. 8).

Des cas où la violence ne constitue pas une *rapina*. — La nécessité de l'*animus furandi* pour constituer la *rapina* rendait l'action *vi bonorum raptorum* inadmissible contre le propriétaire ou le créancier qui se mettait violemment en possession de l'objet de son droit. Il encourait seulement la sanction criminelle de la loi *Julia de vi*. Mais les empereurs organisèrent à son encontre une répression civile. Depuis Marc-Aurèle, le créancier perdit sa créance; depuis Valentinien, Théodose et Arcadius, le propriétaire perdit sa propriété au profit du détenteur, et le ravisseur de bonne foi de la chose d'autrui dut la restituer et de plus en payer la valeur (f. 13, *Dig.*, 4-2; C. 7, *Cod.*, 8-4; *Inst.*, p. 1, *hic*).

SECTION TROISIEME.

DE L'INJURE (*Inst.*, IV, t. IV).

L'acception générale du mot *injuria* embrasse tout acte contraire au droit, *omne quod non jure fit*. Le même terme reçoit aussi trois significations spéciales, et désigne : 1° l'injustice, l'iniquité que souffre la personne abusivement condamnée par un magistrat ou un juge, *iniquitas*, *injustitia*; 2° la faute préjudiciable à quelqu'un, c'est-à-dire le délit prévu par la loi Aquilia, *damnum*, *culpa*; 3° l'outrage, l'insulte, l'affront, *contumelia*. C'est dans ce dernier sens que l'*injuria* forme le délit dont il est ici question (*Inst.* pr., *hic*).

416. **Éléments constitutifs de l'injure.** — Comme le *furtum* et la *rapina*, l'injure suppose l'intention coupable, c'est-à-dire la volonté

d'outrager, de blesser la réputation, l'honneur ou la dignité de quelqu'un. Les individus privés de discernement ne sauraient donc s'en rendre coupables, puisque *injuria in affectu facientis consistit* (f. 3, p. 1, *Dig.*, 47-10).

L'injure exige de plus un fait matériel et contraire aux bonnes mœurs, susceptible ou non de porter préjudice au patrimoine, mais de nature à manifester l'intention précédente. Une définition technique de ces faits est évidemment impossible. La méthode la plus usuelle des Romains les réduit à deux catégories. L'injure a lieu *re aut verbis* : 1° *re*, c'est-à-dire par des voies de fait sur la personne, par la violation de la propriété, par tout acte qui peut entraver l'exercice d'une faculté légitime, compromettre la bonne renommée d'une femme, etc. ; 2° *verbis*, c'est-à-dire par des propos offensants, par des clameurs soulevées dans la foule contre quelqu'un, *convicia*, par des écrits calomniateurs ou diffamatoires, *carmina famosa*, etc. (*Inst.*, p. 1, *hic*; f. 1, p. 1 ; f. 5, p. 9 ; f. 15, etc., *Dig.*, 47-8).

L'usage d'un droit, même accompagné du désir de blesser, ne contient jamais le délit d'injure (f. 13, p. 1, 2, 4, 5, 6, *Dig.*, 47-10).

417. **Diverses espèces d'injures.** — Les Romains classaient les injures à deux points de vue.

Injure simple ou grave. — On opposait l'injure simple à l'injure *atrox* ou grave. Ce caractère de gravité devait s'apprécier en fait. Gaïus et Justinien en ramènent à quatre les principales causes : 1° *factum*, la nature du fait, par exemple des coups de bâton ; 2° *locus*, l'endroit où l'on a reçu l'injure, par exemple le théâtre ou le forum ; 3° *persona*, la supériorité sociale de la victime sur le délinquant ; par exemple, l'injure atteint un magistrat, un ascendant, un patron, etc. ; 4° *vulnus*, la partie du corps lésée ; par exemple, quelqu'un est frappé à l'œil, etc. (*Inst.*, p. 9, *hic*).

L'intérêt pratique de cette distinction est surtout relatif à la sanction du délit. Mais il apparaît sur quelques autres points ; ainsi l'injure de l'ascendant au descendant, du patron à l'affranchi, n'est punie qu'à la condition d'être atroce (f. 7, p. 2 3, *Dig.*, 47-10).

Injure principale ou par voie de conséquence. — On doit opposer aussi l'injure principale, c'est-à-dire reçue dans notre propre personne, à l'injure par voie de conséquence, c'est-à-dire reçue dans la personne d'autrui. Cette dernière injure a deux grandes applications.

1° L'injure adressée aux personnes *alieni juris* rejaillit contre le père de famille.

S'agit-il d'un esclave, l'action d'injures ne peut naître de son chef; mais elle naît au profit et du chef de son maître, lorsque l'injure est *atrox* et manifestement commise dans l'intention d'insulter ce dernier. Toutefois, par dérogation à ces principes civils, dans les cas où les circonstances précédentes ne sont pas réalisées, le préteur autorise le maître à poursuivre au nom de l'esclave. Si le *servus* est *communis*, l'action appartient à tous ses maîtres; s'il est grevé d'un usufruit ou d'une possession de bonne foi, et que l'injure ne vise pas clairement l'usufruitier ou le possesseur, on donne l'action au propriétaire (*Inst.*, p. 4, 5, 6, *hic*).

S'agit-il d'un fils de famille, toute injure qui l'atteint frappe le père du même coup et produit deux actions; elles seront l'une et l'autre exercées par le père, en vertu de la règle qui lui attribue toutes les acquisitions de son fils (*Inst.*, p. 2, *hic*).

2° Même en dehors des personnes *alieni juris*, il en est d'autres dont l'injure devient la nôtre, parce qu'elles sont *affectui subjectæ*. C'est ainsi que l'injure à la femme mariée rejaillit sur le mari, l'injure à la fiancée sur le fiancé, l'injure à la bru sur le beau-père qui a l'époux sous sa puissance. Ces chocs en retour peuvent amener un résultat curieux; si l'on suppose deux conjoints soumis l'un et l'autre à la puissance paternelle, quatre actions naîtront d'une injure à la femme, la première dans sa personne, les trois dernières dans les personnes du mari et des deux pères. Ces actions sont tellement distinctes, que la condamnation pourra n'être pas la même dans toutes, et varier avec la dignité des offensés (*Inst.*, p. 2, *hic*; ff. 30, 31, *Dig.*, 47-10) (1).

Dans le même ordre d'idées, l'injure faite à la mémoire d'un mort retombe sur l'héritier civil ou prétorien. Ce n'est pas seulement d'une insulte au cadavre ou d'une mutilation de monuments funéraires que se préoccupa le droit romain, mais aussi d'atteintes injustes à la réputation du défunt (*si fama ejus lacessatur*, f. 1, p. 4, *Dig.*, 47-10).

418. **Répression du délit d'injure.** — L'injure en elle-même n'affecte que la personne, non le patrimoine. Si le fait qui la con-

(1) Il est à noter que l'injure, soit au mari, soit au fiancé, ne refléchit pas contre la femme ou la fiancée; la loi se trouve ici d'accord avec la nature et les mœurs.

stitue est matériellement préjudiciable à la propriété, il devient sous cet autre aspect le délit de la loi Aquilia et produit alors deux actions. La seule qui doive ici nous occuper est l'*actio injuriarum*, étrangère à toute question d'indemnité et purement pénale.

Elle a fait l'objet de diverses prescriptions ; car *ex lege*, *ex more aut mixto jure introducta est* (*Paul*, V, t. IV, p. 6, 7, 8).

Ex lege. — La loi dont parle Paul est la loi des Douze Tables. Suivant les cas, elle punissait l'injure de la peine du talion, ou d'une peine pécuniaire de trois cent, cent cinquante, vingt-cinq as. Ce système, à la fois barbare et faible, devint insuffisant après l'élévation du prix de l'argent et l'oubli de cette pauvreté qui avait fait la force de Rome naissante (*Gaïus*, III, 223; *Inst.*, p. 7, *hic*).

Ex mixto jure. — Le *mixtum jus* est une loi Cornélia, rendue sous la dictature de Sylla, et qui resta toujours en vigueur dans sa sphère spéciale. Elle ne concernait que trois cas d'injures par voies de fait, les coups sans blessure, les coups avec blessure, et la violation de domicile. Elle ouvrait deux voies : 1° une poursuite *extrà ordinem* pour obtenir une peine criminelle ; 2° une action proprement dite pour obtenir une condamnation pécuniaire, dont l'estimation était toujours faite par le juge seul. Ces deux voies restaient fermées à tout autre que l'injurié lui-même, fût-il fils de famille (*Inst.*, p. 8, *hic ;* f. 5, p. 6 ; f. 37, p. 1, *Dig.*, 47-10).

Ex moribus. — Depuis la désuétude de la disposition des Douze Tables, et pour tous les cas étrangers à la loi Cornélia, notre matière est réglée par l'usage, que l'Édit des préteurs sanctionne et développe.

Dans ce troisième système, qui est encore debout au temps de Justinien, l'injure entraîne une peine en argent. Contrairement aux décisions de la loi Cornélia, l'estimation de cette peine n'appartient jamais au juge. Elle est faite par le magistrat dans la formule, au cas d'injure grave, et par le demandeur devant le juge, au cas d'injure simple. Le juge ne peut dépasser l'estimation, mais il peut la réduire ; on lit seulement dans Gaïus qu'il ne se permettait pas d'user de cette faculté contre l'évaluation émanée du magistrat (*Gaïus*, III, 224 ; *Inst.*, p. 7, *hic*).

Au lieu d'une condamnation pécuniaire, on permit de bonne heure à l'injurié de réclamer par une poursuite *extrà ordinem* l'application d'une peine criminelle. Ce ne fut là probablement qu'une généralisation du principe de la loi Cornélia. La victime du délit de-

vait choisir entre ces deux actions, parce que l'une et l'autre tendaient au même but, c'est-à-dire *ad pœnæ persecutionem* (ff. 6, 7, *Dig.*, 47-10).

Il existe entre ces deux moyens une différence saillante. Dans l'action pécuniaire, même fondée sur la loi Cornélia, les parties sont toujours libres de plaider par procureur. Dans l'action criminelle, il n'y a que les *illustres* ou les personnes au-dessus qui en aient reçu la faculté d'une constitution de Zénon (*Inst.*, p. 10, *hìc*; *Paul*, V, t. IV, p. 12; C. 11, *Cod.*, 9 35).

Extinction de l'action d'injures. — L'action d'injures s'éteint par le laps d'une année, et par la mort de la victime ou du délinquant survenue avant la *litis contestatio;* ces modes d'extinction ne lui sont pas tout à fait spéciaux. Mais elle disparaît en outre par une cause absolument particulière, qui est le pardon même tacite, *dissimulatio.* Dès lors il va de soi qu'un pacte de remise, une transaction, une convention quelconque peuvent aussi l'effacer (*Gaïus*, IV, 112; f. 11, p. 1; f. 13; f. 16; f. 17, p. 6, *Dig.*, 47-10; C. 5, *Cod.*, 9-35).

Bien mieux, quand l'offensé ne s'émeut pas d'une injure qu'il méprise, elle n'engendre aucune action, et le droit ne la considère plus comme un délit. Car l'honneur qui se place assez haut pour être hors de sa portée n'en reçoit aucune atteinte réelle (*Inst.*, p. 12, *hìc*).

SECTION QUATRIÈME

DU DAMNUM LEGIS AQUILIÆ (*Inst.*, IV, t. III).

419. On appelle *damnum* le dommage causé par dol ou faute à la propriété d'autrui.

Toutes les vieilles dispositions du droit romain sur ce point furent abrogées par la loi Aquilia, plébiscite dont la date reste incertaine. Cependant la paraphrase de Théophile, en le reportant à l'époque des dissensions civiles et d'une retraite des plébéiens, fait probablement allusion à l'année 367 ou 468 de Rome.

Le délit prévu par la loi Aquilia présente ce caractère particulier, qu'il ne suppose pas nécessairement une intention de nuire; il n'exige pas un dol, comme les trois précédents. De là résulte qu'il ne fait pas encourir en général et par lui-même une répression criminelle. En outre, l'action qu'il produit a pour objet direct et principal la réparation du préjudice; elle peut néanmoins entraîner

une peine accidentelle, par la manière de calculer le tarif de l'indemnité, et par la faculté de l'élever au double contre le défendeur qui nie faussement.

Pour conclure, le *damnum legis Aquiliæ* est un véritable délit civil, tandis que le *furtum*, la *rapina* et l'*injuria* appartiennent de leur nature au droit criminel et n'en auraient pas dû sortir.

§ I

Conditions générales et formes diverses du délit de la loi Aquilia.

420. Pour qu'un dommage causé à la propriété d'autrui constitue le *damnum legis Aquiliæ*, deux grandes conditions sont requises :

1° *Fait actif.* — Il faut que le dommage résulte d'un fait proprement dit, non d'une simple négligence ; en d'autres termes, le dol ou la faute doit être *in committendo*. Car entre personnes qui ne sont pas unies par un lien préexistant d'obligation, une omission ne saurait devenir le germe d'une responsabilité légale. Nous ne devons à la propriété des tiers qu'un respect purement négatif (*suprà*, n° 402 ; f. 27, p. 9, *Dig.*, 9-2).

2° *Dommage sans droit.* — Il faut que le dommage soit causé sans droit, c'est-à-dire en faisant ce qu'on n'a nul droit de faire. La loi Aquilia ne réprime donc que le dol ou la faute. En conséquence, on est irresponsable de tout acte commis dans l'exercice de la légitime défense ou sous la pression d'une nécessité urgente; par exemple, si je ne peux me défendre d'un esclave ou d'un animal qu'en le tuant, je ne dois rien au propriétaire. A plus forte raison tout cas fortuit est-il en dehors de la loi Aquilia ; c'est ainsi qu'elle n'atteint pas le maître du navire qui en a coulé un autre sous l'impulsion irrésistible des vagues (*Inst.*, p. 2, *hic*).

Mais la plus légère faute est prise en considération; et, sous cet aspect, un acte même licite constitue le *damnum legis Aquiliæ*, s'il est accompagné d'une négligence ou d'une imprudence qui le rend dommageable pour un tiers. Tel est le cas du médecin qui ne surveille pas les suites d'une opération faite sur un esclave; il répondra de sa mort. Tel est encore le cas de quiconque entreprend au delà de sa force ou de son adresse, entre autres du chirurgien

qui a mal opéré l'esclave, du muletier qui n'a pas su ou qui n'a pas pu retenir l'élan de sa bête, etc. (*Inst.*, p. 3 à 8, *hic*).

420 *bis. Division tripartite du* damnum injuriâ datum. — La loi Aquilia ne prévoyait pas absolument tous les dommages ainsi causés aux tiers. Cependant elle s'appliquait à trois ordres de faits très-compréhensifs, et qu'on nomme ordinairement les trois chefs de la loi Aquilia. Le premier et le troisième embrassent les atteintes portées à la propriété matérielle d'autrui. Le second, dont la désuétude est constatée par Justinien, qui n'en dit rien de plus, n'est connu que depuis la découverte des Commentaires de Gaïus ; il vise le cas où l'*adstipulator* fait une acceptilation en fraude des droits du créancier principal (*Gaïus*, III, 215).

Ces trois dispositions ne sont pas aussi disparates qu'on le prétend d'habitude. Il existe entre elles un lien sensible; car elles répriment, les unes le préjudice subi dans les éléments corporels du patrimoine, l'autre une forme particulière de préjudice subi dans un de ses éléments incorporels, dans une créance.

Le deuxième chef de la loi Aquilia rentre dans la théorie spéciale de l'*adstipulatio*, qui nous est suffisamment familière (*suprà*, n° 307). Le premier et le troisième subsistent seuls au temps de Justinien, et c'est uniquement sur eux que doit s'arrêter désormais l'attention.

§ II

Premier et troisième chefs de la loi Aquilia.

421. La plupart des dommages que comportent les choses corporelles sont prévus dans ces deux chapitres.

Règles spéciales au premier chef. — La première disposition de la loi concerne le meurtre de l'esclave d'autrui, ou d'un des quadrupèdes *quæ pecudum numero sunt*. Cette formule embrasse, avec les bêtes de trait ou de somme qui figurent dans la classe des *res mancipi*, les espèces ovine, caprine et porcine, même les chameaux et les éléphants, susceptibles aussi de s'apprivoiser (*Inst.*, pr. et p. 1, *hic ;* f. 2, p. 2, *Dig.*, 9-2).

Pour l'indemnité, l'esclave ou l'animal s'estime d'après la plus haute valeur qu'il a eue dans l'année qui a précédé le délit. Or le délit n'implique pas nécessairement une mort immédiate, et résulte tout aussi bien d'une blessure mortelle ; dans ce dernier cas

il a pour date le jour de la blessure, non le jour de la mort. Par application de ces principes, si l'on me tue un esclave devenu infirme ou boiteux par accident, et qu'il ait été d'un haut prix moins de douze mois auparavant, je gagnerai tout l'excédant de ce qu'il a valu sur ce qu'il valait au moment du délit (*Inst.*, p. 9, *hìc*) (1).

Dans tous les cas, le préjudice causé au propriétaire était largement apprécié par les jurisconsultes. Ils y faisaient rentrer l'estimation de toutes les pertes accessoires, et même des gains manqués. Ainsi, quand l'esclave était dû sous une clause pénale, ou qu'une hérédité lui avait été déférée, son maître réclamait, outre sa plus haute valeur dans l'année, tout le montant de la *pœna* qu'il allait encourir en ne le livrant pas, ou de la succession qu'il ne pouvait désormais acquérir par son intermédiaire (*Inst.*, p. 10, *hic*).

Règles spéciales au troisième chef. — La troisième disposition de la loi est la seule qui ait une portée générale. Elle comprend d'abord tous les dommages qui, sans entraîner la mort, atteignent l'esclave ou les animaux indiqués dans le premier chapitre, et de plus la mort, blessure, destruction ou détérioration de toute autre espèce d'animaux ou d'objets corporels, sans distinction; *de omni cætero damno cavetur* (*Inst.*, p. 13, *hìc*).

L'indemnité se calcule sur les bases posées pour le premier chef. Seulement la chose s'estime d'après la plus haute valeur qu'elle a eue, non plus dans l'année, mais dans les trente jours immédiatement antérieurs au délit (*Inst.*, p. 15, *hìc*).

422. **Règles communes aux deux.** — Les deux dispositions précédentes produisent une seule et même action, l'*actio legis Aquiliæ*.

*Nature de l'*actio legis Aquiliæ. — Quoique destinée à poursuivre simplement une indemnité, cette action n'est pas sans offrir un certain caractère pénal ; car elle peut dépasser la réparation proprement dite et produire un enrichissement pour le demandeur : 1° lorsque la chose avait eu sa plus haute valeur dans l'année ou dans le mois qui a précédé le délit; 2° lorsque la condamnation croît au double *per infitiationem*. A ces deux points de vue, l'action

(1) Pour l'honneur de la loi romaine, il faut rappeler que le meurtre d'un esclave était distingué du meurtre d'une bête de somme ou des bestiaux, par le *judicium publicum* ou poursuite criminelle qu'il engendrait depuis la loi Cornélia, et qui se cumulait avec l'action en indemnité de la loi Aquilia (*suprà*, n° 9; *Inst.*, p. 11, *hìc*).

legis Aquiliæ se trouve donc être mixte, c'est-à-dire *persecutoria rei et pœnæ* du même coup. Aussi, comme toutes les actions pénales ou mélangées d'un élément pénal, ne se donne-t-elle contre les héritiers du délinquant que jusqu'à concurrence de leur enrichissement (*Inst.*, IV, t. VI, p. 19; f. 23, p. 8, *Dig.*, 9-2).

*Double forme de l'*actio legis Aquiliæ. — Pour que l'action prenne naissance, il faut qu'un dommage ait atteint une chose corporelle. Mais, en supposant remplie cette condition primordiale, l'action est tantôt *directa*, tantôt *utilis*.

L'action est *directa*, lorsqu'elle s'intente conformément à la lettre même de la loi Aquilia. Or la lettre ne prévoit que le *damnum corpore corpori datum*, autrement dit, le dommage causé à la chose corporelle par le fait direct et personnel du délinquant lui-même, qu'il s'aide ou non d'un instrument quelconque; par exemple, je tue votre esclave, soit en le jetant à l'eau, soit d'un coup d'épée, etc. De plus, le texte formel de la loi n'attribue l'action qu'au propriétaire de la chose détruite ou détériorée, pourvu qu'il ait un intérêt à l'exercer; lui seul intente donc une *actio directa* (f. 11, p. 6, 9; f. 16, *Dig.*, 9-2).

Mais en dehors de la lettre, et conformément à l'esprit de la loi, la jurisprudence étendit l'*actio legis Aquiliæ,* en qualité d'utile, à des cas où l'on ne pouvait la refuser sans une subtilité ridicule. 1° Il s'agit d'un *damnum corpori datum*, *non corpore*, c'est-à-dire que le dommage résulte, non du fait personnel et direct du délinquant, mais de l'action d'une autre cause qu'il s'est contenté de mettre en mouvement. Ainsi, j'excite un chien à mordre votre esclave, ou je prépare le poison qu'il boit ensuite, ou j'effarouche votre troupeau jusqu'à le pousser dans un précipice, etc. 2° Le dommage est subi par un autre que le propriétaire, notamment par un usufruitier, un usager, un gagiste, un possesseur de bonne foi, etc. Dans ces hypothèses et quelques autres moins simples, l'action est *utilis* (*Inst.*, p. 16, *hic;* f. 11, p. 10; f. 12, *Dig.*, 9-2).

Utilis ou *directa*, l'*actio legis Aquiliæ* a toujours la même nature et produit en principe les mêmes résultats. Elle peut concourir avec une action contractuelle, dans toute circonstance où le débiteur qui doit, en vertu d'un contrat, me restituer ma chose, la détériore ou la détruit par un des faits précédents; je suis alors investi des deux actions, mais seulement pour obtenir le total de ce qui est compris dans la plus forte (f. 7, p. 8; f. 27, p. 11, *Dig.*, 9-2).

423. Dommage non prévu par les deux chefs. — Mais ni la lettre ni l'esprit de la loi, si flexible que fût l'interprétation des jurisconsultes, ne comprenaient le dommage causé dans une propriété sans la dégrader ni la détruire. Par exemple, quand je coupe la corde qui retient un esclave, et qu'il prend la fuite, le *damnum* que je réalise n'a lieu ni *corpore* ni *corpori;* j'échappe donc à la loi Aquilia, dont l'objet n'a été que de refréner les atteintes brutales à la chose d'autrui. Seulement je tombe alors sous l'application d'un système général de répression prétorienne, qui supplée à toutes les lacunes des lois. En effet, lorsqu'un préjudice n'est réparable par aucun autre moyen juridique, le préteur donne, contre l'auteur, soit l'action *de dolo* en cas de dol, soit une action *in factum* dans tout autre cas. Comme le dol ne se présume pas, l'action *in factum* est donc la voie normale, pour obtenir la réparation de tout *damnum* étranger à la loi Aquilia. Aussi les Institutes la mentionnent-elles ici, comme le complément de l'*actio legis Aquiliæ directa* ou *utilis* (*Inst.*, p. 16, *hic*).

Mais elle en est absolument distincte. La preuve, c'est qu'elle ne dépasse jamais le dommage subi par le demandeur, et conséquemment ne peut non plus croître au double *per infitiationem*. Malgré les nuages accumulés à tort sur ce point de doctrine, le doute est impossible en présence du langage décisif des jurisconsultes : *in damnis quæ lege Aquiliâ non tenentur, in factum datur actio* (f. 33, p. 1, *Dig.*, 9-2).

CHAPITRE XXXII

DES QUASI-DÉLITS, OU DE LA QUATRIÈME CAUSE DES OBLIGATIONS.

(*Inst.*, IV, t. V.)

424. Sans revenir sur la distinction déjà faite entre les délits et les quasi-délits, Justinien signale quatre exemples de cette quatrième cause d'obligation. Tous les quatre donnent naissance à des actions prétoriennes *in factum;* le premier seul est digne d'attention.

Du juge qui litem suam facit. — Le juge peut se trouver obligé en vertu d'une sentence qu'il a rendue ; c'est lorsque : 1° par dol, c'est-à-dire par corruption, par faveur ou par haine, il a jugé

contrairement au droit ; 2° par dol ou par simple faute, il a dépassé les pouvoirs que lui conférait la formule ; 3° par ignorance, il a violé la loi (*Gaius*, IV, 52 ; f. 15, p. 1, *Dig.*, 5-1 ; f. 6, *Dig.*, 50-13).

Le juge s'approprie alors le procès qu'il a mal tranché ; *litem suam facit*, disent les textes avec cette énergie et ce bonheur de langage si remarquables dans les monuments de la jurisprudence romaine. Bref, il doit réparer le dommage qu'il a causé. La condamnation est laissée à l'appréciation du juge qui le jugera lui-même (*Inst.* pr., *hic*).

Il faut noter que les sentences vénales ou formellement contraires à la loi sont nulles de plein droit, et que l'appel est permis pour les autres. Mais ces ressources peuvent manquer à la partie injustement battue ; tel est le cas où l'action temporaire par elle intentée se trouve désormais éteinte, le cas où les délais d'appel sont expirés, etc. D'ailleurs, si la partie triomphante n'a pas commis de dol, le plaideur sacrifié ne serait pas admis à lui réclamer des dommages-intérêts pour les ennuis de nouvelle instance ou d'appel que la mauvaise sentence occasionne ; or il est de toute justice que ces dommages-intérêts soient exigés du juge. La victime de son jugement a donc le droit de le poursuivre, tout en continuant la lutte contre le gagnant devant une autre juridiction.

CHAPITRE XXXIII

EXTINCTION DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL.

(*Inst.*, III, t. XXIX.)

425. Les obligations, on le sait déjà, ne s'éteignent que par des modes légalement déterminés ; un laps de temps quelconque ne suffit pas à les détruire. Elles sont perpétuelles de leur nature, comme la propriété. Mais une différence profonde les sépare de ce dernier droit ; c'est que, l'obligation une fois née, l'extinction en est naturelle et nécessaire, tandis que l'extinction de la propriété est un accident assez rare.

Les modes d'extinction des obligations sont *civils* ou *prétoriens*. On retrouve ici le célèbre dualisme qui partage à peu près toute la loi romaine. L'intérêt pratique de cette nouvelle distinction n'est pas sans importance :

1° Le mode d'extinction civil opère *ergà omnes ;* par exemple, en

matière de corréalité, il est généralement ouvert à tous les codébiteurs, contre tous les créanciers. Au contraire, il peut arriver que le droit d'invoquer un mode d'extinction prétorien ne soit reconnu qu'à certains ou contre quelques-uns des intéressés.

2° Au point de vue de la procédure, le premier opère *ipso jure*, le second *exceptionis ope*. En d'autres termes, le mode d'extinction civil rentre dans les moyens directs de défense, et l'on est toujours admis à s'en prévaloir devant le juge, sans que la formule d'action délivrée par le magistrat y fasse aucune allusion. Au contraire, s'agit-il d'une libération prétorienne, le juge n'en tient compte que si le magistrat l'en a chargé par une clause ajoutée à la formule, et qu'on appelle exception. Après la disparition du système formulaire, cette différence ne s'efface pas tout à fait; car la défense directe est valablement invoquée jusqu'à la sentence, et si l'on en doit dire autant de certaines exceptions qualifiées de péremptoires, toujours est-il que d'autres exceptions, qualifiées de dilatoires, ne sont efficaces qu'au début de l'instance, *in limine litis* (C. 8, 12, *Cod.*, 8-36).

3° L'extinction civile est définitive. Au contraire, l'extinction prétorienne paralyse l'obligation et la rend inerte plutôt qu'elle ne la supprime; le droit pourra donc se réveiller plus tard, si quelque pacte postérieur vient défaire ce qu'avait fait un pacte précédent.

Les Institutes ne s'occupent pas ici des modes d'extinction prétoriens, dont les principaux sont le pacte *de non petendo*, le pacte de constitut, le serment, et sous bien des réserves la compensation. Il sera traité des trois derniers sur les points du titre des Actions où Justinien les expose; quant au pacte de remise, le parallèle en sera facile avec l'acceptilation. Nous restons donc en présence des modes civils d'extinction.

Il n'en est énuméré que quatre dans les Institutes; ce sont le payement, la novation, l'acceptilation et le *contrarius consensus*. Ils priment les autres par l'importance et présentent ce caractère commun, qu'ils dérivent de la volonté des parties. Mais les deux premiers s'appliquent à toute espèce d'obligations, tandis que le troisième est particulier aux obligations verbales et le quatrième aux obligations consensuelles. C'est par cette division logique et commode qu'il faut aborder la matière.

CHAPITRE XXXIV

MODES GÉNÉRAUX D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Les modes généraux que mentionnent les Institutes sont le payement et la novation.

SECTION PREMIÈRE

DU PAYEMENT (*Inst.*, III, t. XXIX pr.).

426. La même idée métaphorique qui a donné le mot *obligatio* pour signifier un engagement juridique, a fourni également le mot *solutio* pour en exprimer la rupture civile ; dans un sens très-général, *solutio* désigne une libération quelconque. En se rétrécissant, le même terme n'embrasse plus que les actes qui mettent fin à l'obligation par une satisfaction procurée au créancier. Enfin, dans sa portée la plus technique, il s'applique exclusivement à la libération la plus naturelle de toutes, à celle que le débiteur obtient en s'exécutant (f. 54, *Dig.*, 46-3 ; f. 176, *Dig.*, 50-16).

A ce dernier point de vue, qui sera désormais le nôtre, la *solutio* ou payement peut se définir l'extinction de l'obligation par l'accomplissement de ce qui est dû. Suivant que l'obligation était *ad dandum, ad præstandum, ad faciendum*, payer sera *dare*, *præstare*, *facere*.

§ I

Capacité en matière de payement.

427. Les conditions requises pour faire ou recevoir un payement valable sont faciles à déterminer.

Des personnes capables de payer. — En principe, toute personne a le droit de payer. Cette règle comprend donc : 1° le débiteur ou codébiteur ; 2° un tiers étranger à la dette ; il peut payer, même à l'insu ou contre le gré du débiteur, pourvu qu'il agisse en parfaite connaissance de cause, sans quoi la *condictio indebiti* lui serait évidemment ouverte. En supposant cette condition remplie, le payement émané d'un tiers éteint la créance, mais laisse en quelque sorte subsister la dette ; car le tiers, à moins qu'il n'ait agi

animo donandi ou malgré l'opposition du débiteur, pourra recourir contre ce dernier, soit par l'action primitive, si elle a fait l'objet d'une cession expresse ou tacite, soit en tout cas par les actions de mandat ou de gestion d'affaires (*Inst.* pr., *hic;* f. 19, p. 1 ; f. 65, p. 9, *Dig.*, 12-6 ; f. 40, *Dig.*, 46-3).

Cette faculté générale de payer est néanmoins soumise à quelques restrictions. 1° Quiconque paye doit avoir la capacité de rendre sa condition pire ; sinon le payement est nul. Quand il consiste à donner, la nullité autorise la répétition par des voies qui nous sont déjà connues (*suprà*, n° 231). Quand il consiste dans un fait actif ou passif, la nullité procure à l'incapable le droit d'obtenir une indemnité par une *condictio sinè causâ*.

2° S'agit-il spécialement d'une obligation de donner, la validité du payement suppose de plus dans le *solvens* la propriété de ce qu'il livre, ou le mandat du propriétaire. Émané d'un *non dominus*, le payement se trouvera pourtant valable, dès le jour où la revendication contre le créancier ne sera plus possible, après l'achèvement de l'usucapion à son profit, ou la ratification du *dominus*, etc. (f. 14, p. 8 ; f. 60 ; f. 78, *Dig.*, 46-3).

3° S'agit-il spécialement d'une obligation de faire, il résultera souvent des circonstances que les parties ont eu en vue le fait personnel du débiteur, et personne ne pourra le remplacer alors. Quant aux obligations de ne pas faire ou de s'abstenir, elles ne sont évidemment exécutables que par le débiteur lui-même (f. 31, *Dig.*, 46-3 ; cf. art. 1237 Cod. civ.).

Des personnes capables de recevoir le payement. — Le créancier ou des tiers autorisés ont seuls le droit de recevoir le payement.

Le créancier, pour le recevoir valablement, doit avoir la capacité de rendre sa condition pire ; car il aliène sa créance. S'il est incapable, son action ne s'éteint pas ; l'exercice lui en reste possible, déduction faite de son enrichissement, et d'après les règles déjà posées à cet égard (*suprà*, n° 231 ; f. 15, *Dig.*, 46-3).

Un tiers est autorisé à recevoir le payement, quand il en tient la faculté de la volonté du créancier, comme un mandataire, ou de la loi, comme les tuteurs et curateurs. Quelquefois le contrat lui-même l'a désigné, et l'une des parties ne peut alors le dépouiller de sa qualité, sans le consentement de l'autre ; c'est le cas de l'*adjectus solutionis gratiâ*. Fait à un tiers non autorisé, le paye-

ment n'a pas d'effet libératoire, à moins que ce tiers n'ait eu des pouvoirs qui ont cessé à l'insu du débiteur. Mais si le créancier en profite ou le ratifie, un tel payement est validé après coup (f. 34, p. 4; f. 49, *Dig.*, 46-3; *Inst.*, III, t. XXVI, p. 10; C. 12, *Cod.*, 8-43).

§ II

De l'objet, des circonstances e des effets du payement.

428. — Pour être régulier, le payement doit offrir certains caractères.

Objet. — Le payement doit avoir le même objet que l'obligation, c'est-à-dire consister dans la prestation due; le créancier n'est pas tenu d'accepter autre chose. Cette règle n'offre point de difficultés pour les corps certains, ni pour les obligations de faire ou de ne pas faire. Mais à l'égard des obligations de choses fongibles, peut-être faut-il distinguer entre les obligations de bonne foi et les obligations de droit strict. Le débiteur des premières n'est pas tenu de livrer des choses de la meilleure qualité, mais n'en peut imposer de la plus mauvaise; le débiteur des secondes se libère en payant même le *pessimum genus* (f. 52, *Dig.*, 17-1; f. 72, p. 5, *Dig.*, 46-3).

Le payement doit être intégral, c'est-à-dire comprendre à la fois toute la prestation due en vertu de la cause d'obligation qu'il s'agit d'éteindre. Il n'importe nullement à cet égard que l'objet de la dette soit divisible ou non. S'il plaît d'ailleurs au créancier d'accepter un payement partiel, sa créance disparaît dans la mesure de ce qu'il reçoit (f. 3, *Dig.*, 10-2; f. 41, p. 1, *Dig.*, 22-1).

Ce principe subit quelques exceptions, notamment dans les hypothèses du bénéfice de division et du bénéfice de compétence. Mais le payement qu'un héritier fait ou reçoit pour sa part héréditaire est absolument conforme à la règle, puisqu'il supprime toute sa dette ou toute sa créance (f. 25, *Dig.*, 46-3).

Temps et lieu. — Les parties fixent à leur gré ces deux circonstances du payement. Pour le temps, il suffit de se rappeler les influences diverses du terme et de la condition (*suprà*, n°s 282, 292, 293). Pour le lieu, s'il n'est indiqué par une convention expresse ou tacite, c'est la nature de l'obligation qui le détermine. La dette de corps certain est payable à l'endroit où se trouvait l'objet, soit au jour de la naissance de l'obligation, soit au jour de la *litis contes-*

tatio; les dettes de genre sont payables généralement au domicile du débiteur. Quant aux créances de faits, il est des cas où le créancier choisit lui-même le lieu de l'exécution (f. 47, *Dig.*, 30; f. 12, p. 1, *Dig.*, 16 3; f. 19, p. 1, 2, 4, *Dig.*, 5-1; f. 21, *Dig.*, 38-1).

Effets du payement. — Le payement régulier éteint radicalement l'obligation, et du même coup tous les droits accessoires qui n'avaient d'autre objet que d'en assurer l'exécution, par exemple la fidéjussion, le gage, les hypothèques. En outre, le cours des intérêts s'arrête, et le débiteur est libéré de la garde ou des risques de la chose (f. 43, *Dig.*, 46-3).

Imputation des payements. — Mais il peut arriver qu'un même débiteur, tenu envers le même créancier de plusieurs obligations semblables par leur objet, fasse un payement insuffisant pour les acquitter toutes. Cette hypothèse est surtout applicable aux dettes d'argent.

Dans le silence des deux parties, on impute alors la quantité payée : 1° sur les intérêts avant le capital; 2° sur la dette échue; 3° entre dettes pareillement échues, sur la plus onéreuse; 4° entre dettes pareillement onéreuses, sur la plus ancienne en date; 5° quand la date est unique, sur toutes proportionnellement (f. 1 à 8; f. 97; f. 103, *Dig.*, 46-3).

Du reste, si le débiteur exprime la dette qu'il entend éteindre, cette imputation sera respectée. A son défaut, le créancier jouit de la même faculté, pourvu qu'il ne fasse pas un choix préjudiciable au débiteur, c'est-à-dire contraire aux plus importantes des règles précitées.

§ III

Des offres et de la dation en payement.

Deux situations spéciales sont à prévoir.

429. **Oblatio rei debitæ.** — Quand le créancier refuse un payement qui lui est régulièrement offert, il ne faut pas que le débiteur souffre de ce caprice, et la jurisprudence lui donne un moyen de se libérer quand même.

Devant témoins, il offre au créancier tout ce qui lui est dû, avec toutes les conditions requises pour la validité du payement. Si le refus persiste, le débiteur dépose la somme ou la chose mobilière, autant que possible cachetée et scellée, dans un endroit que le magistrat lui désigne, le plus souvent dans un temple (*apud ædem*

sacram). En l'absence du créancier, le débiteur obtient du magistrat dispense des offres et fait directement le dépôt. Si la chose due est un immeuble, il y a lieu sans doute à l'organisation d'un séquestre (C. 6, 19, *Cod.*, 4-32; C. 1, *Cod.*, 10-70).

De ces formalités, *oblatio*, *obsignatio*, *depositio*, résulte la même libération que d'un payement (C. 9, *Cod.*, 8-43; f. 56, p. 1, *Dig.*, 17-1).

430. **Datio in solutum.** — Il y a *datio in solutum*, lorsqu'une dette s'éteint par l'accomplissement d'une autre prestation que celle qui était due. Cette opération concerne ordinairement les obligations de donner; de là son nom.

La dation en payement suppose le consentement du créancier. Par une exception remarquable, Justinien décida que le débiteur hors d'état de payer en argent pourrait offrir son meilleur immeuble, dont l'estimation serait confiée au juge (*Nov.* 4, c. III).

Les effets de la dation en payement avaient fait naître une controverse entre les deux écoles. Dans l'opinion des Proculiens, elle ne supprimait pas la créance de plein droit, mais seulement *exceptionis ope*, ce qui revient à dire que l'action du créancier n'était que paralysée par une exception de dol; cette doctrine semble rigoureusement conforme au résultat normal du pacte de remise *ex intervallo* que renferme la *datio in solutum* (*suprà*, n° 389). Les Sabiniens, fidèles à leur système de rapprochement entre les actes analogues, assimilaient au payement la dation en payement, et la considéraient comme extinctive *ipso jure*. C'est leur théorie qui a prévalu. Elle est également justifiable; car au fond le créancier, en acceptant une chose pour une autre, opère une sorte de novation de la dette par changement d'objet, et la *datio in solutum* constitue dès lors une *solutio* directe (C. 17, *Cod.*, 8-43; *Inst.* pr., *hìc*).

Question. — Supposons le créancier évincé de la chose reçue en payement. De l'avis de tous, un recours lui est ouvert contre le débiteur; mais par quelle action s'exerce le recours? Il s'éleva sur ce point un autre débat célèbre. Ulpien ne donne au créancier que l'action utile *ex empto*, comme s'il avait acheté la chose pour la valeur de ce qui lui était dû. Marcien lui accorde, au contraire, l'action originaire de sa créance; en effet, le payement lui-même ne l'aurait éteinte qu'à la condition de mettre le créancier à l'abri de toute éviction, et la dation en payement ne saurait être plus efficace (f. 24, *Dig.*, 13-7; f. 46, pr. et p. 1, *Dig.*, 46-3).

L'intérêt juridique de la question se révèle sous deux aspects. D'un côté, l'action utile *ex empto* procure au créancier le prix de la chose lors de l'éviction, inférieur ou supérieur au montant de la créance elle-même. D'un autre côté, l'action originaire lui fait obtenir le chiffre tel quel de l'obligation, et lui conserve le droit de se prévaloir des garanties accessoires, telles que fidéjussion, hypothèques, etc. La seconde décision est évidemment plus exacte en théorie; mais la première a pour elle l'avantage pratique de maintenir envers les tiers les résultats accomplis de la *datio in solutum*. Malgré diverses tentatives de conciliation, on doit croire à la contrariété réelle de ces deux solutions. Dire laquelle des deux a triomphé ne paraît pas facile; car les constitutions impériales s'inspirent tantôt de l'une et tantôt de l'autre (C. 8, *Cod.*, 7-45; C. 17, *Cod.*, 8-43).

SECTION DEUXIEME.

DE LA NOVATION (*Inst.*, III, t. XXIX, p. 3).

La novation est une transformation spéciale d'une obligation en une autre, *est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio* (f. 1, *Dig.*, 46-2).

Par l'une de ces faces, la novation est extinctive; par l'autre, elle est créatrice. Mais, quoiqu'elle puisse éteindre toute obligation préexistante, elle ne peut créer à sa place une obligation quelconque, ainsi qu'on va le voir.

§ I

Éléments constitutifs de la novation.

431. La novation requiert quatre conditions générales.

1° *Mode déterminé.* — Dans le droit ancien, il fallait l'emploi d'un mode déterminé, qui n'était autre que la stipulation. Y avait-il une formule sacramentelle pour nover, comme il y en avait pour la corréalité, pour l'*adstipulatio*, pour l'*adpromissio ?* L'affirmative est probable. Mais la nécessité d'une stipulation ne doit faire l'objet d'aucun doute pour les vieilles époques; Gaïus et les textes du Digeste n'indiquent, en effet, que ce moyen de nover (*Gaïus*, III, 176-179).

Cependant le contrat *litteris* pouvait arriver au même but, dans

le cas particulier de la délégation. Cette théorie spéciale sera développée à part (*infrà*, n° 433).

Vers la fin du temps classique, la question de forme n'a plus la même importance ; c'est la volonté de nover qui devient la condition prépondérante, sous le nom d'*animus novandi*. Elle supplée à l'irrégularité de la formule, et nulle formule régulière ne peut la suppléer elle-même. La recherche de l'intention des parties engendrait en fait de nombreuses difficultés ; Justinien les trancha en exigeant que cette intention fût toujours expresse, faute de quoi la nouvelle obligation s'ajoutait à l'ancienne, au lieu de la supprimer (C. 8, *Cod.*, 8-42).

Pour conclure, la novation exige en principe une formule, très-vraisemblablement solennelle dans le droit ancien, et seulement explicite dans le droit de Justinien. D'autres transformations de dettes sont possibles, et l'on en a déjà rencontré des exemples (*suprà*, n° 326) ; mais elles restent en dehors de la novation.

2° *Obligation à éteindre.* — Il faut une obligation à éteindre. Il n'importe qu'elle soit civile, prétorienne ou naturelle, ni qu'elle dérive d'une source contractuelle ou non. On admet de même sans difficulté la novation d'une dette à terme, et cette faculté s'est étendue jusqu'aux dettes conditionnelles ou futures. Dans ces dernières hypothèses, si l'obligation ne prend pas naissance, rien n'aura été fait ; la novation reste affectée de la même incertitude que le droit qui en est l'objet (f. 1, p. 1 ; f. 2 ; f. 8, p. 1-2 ; f. 14, p. 1, *Dig.*, 46-2).

Quand il n'y a pas de dette pour servir de fondement à l'opération, il est clair que la novation ne s'opère pas. Mais on se rappelle que la *causa civilis* d'une stipulation se trouve dans les paroles prononcées, abstraction faite du but visé par les contractants. Dès lors, la stipulation intervenue pour nover une dette qui n'existait pas produit quand même son effet immédiat et oblige son auteur ; il suffit que la formule employée détermine l'objet qu'il devra. Seulement, si la promesse actuelle est le résultat d'une erreur, on investira le promettant d'une *condictio* contre la personne dont il se croyait le débiteur (f. 13, *Dig.*, 46-2).

3° *Obligation nouvelle.* — Il faut qu'une obligation nouvelle naisse directement de la stipulation. Car, en premier lieu, s'il ne se formait pas une créance pour remplacer la précédente, l'extinction de celle-ci manquerait de cause. Par conséquent, si la seconde est affec-

tée d'une condition suspensive, la novation ne s'opère qu'après l'accomplissement de la modalité. Il est d'ailleurs indifférent que la dette soit civile, prétorienne ou naturelle ; ainsi, quand un pupille non autorisé me promet ce qui m'est dû par quelqu'un, il y a novation (*Inst.*, p. 3, *hic*).

Mais il est indispensable en second lieu que l'obligation provienne directement de la stipulation. C'est pour ce motif que la promesse quelconque d'un esclave, ou la promesse faite par un pérégrin dans la forme *spondes*, *spondeo*, n'emportent jamais novation ; car ces promesses ne sauraient valoir qu'à titre de pactes (*Gaïus*, III, 176, 179 ; *Inst.*, p. 3, *hic*).

4° *Élément nouveau.* — Il faut enfin que l'obligation formée par la stipulation contienne quelque chose de nouveau, c'est-à-dire diffère de l'ancienne dette par un élément de suffisante importance. Cette quatrième condition nous amène à l'étude des effets de la novation.

§ II

Effets de la novation.

432. Les effets de la novation en elle-même n'offrent aucune difficulté ; car ils sont analogues à ceux d'un payement. Elle éteint donc l'obligation antérieure, avec les sûretés accessoires qui la garantissaient, telles que fidéjussions, hypothèques ou gages. Par suite, elle arrête aussi le cours des intérêts, purge la demeure, et fait disparaître pour l'avenir toute conséquence non encore acquise de la *stipulatio pœnæ* qui pouvait sanctionner la créance primitive, etc. (f. 31, p. 1 ; ff. 8, 15, 18, 27, 29, *Dig.*, 46-2).

Mais la novation n'a ces résultats extinctifs qu'à la condition de créer une obligation distincte de la précédente par quelque caractère marqué. En d'autres termes, les effets de la stipulation *animo novandi* sur l'ancienne dette dépendent de ses effets sur la nouvelle. Ces deux points de vue sont donc inséparables. Or quelles différences seront assez graves, entre les deux obligations successives, pour entraîner novation ? Quel élément nouveau faut-il exiger ? On distingue à cet égard deux grandes hypothèses, la novation par changement de personnes ou *subjective*, la novation sans changement de personnes ou *objective*.

433. **Novation par changement de personnes.** — L'élément nou-

veau est manifeste, lorsqu'il y a changement de créancier ou de débiteur; le droit classique et le droit de Justinien sont d'accord sur ce point.

A. La novation par changement de créancier s'opère en promettant à Primus ce qu'on doit à Secundus. Elle constitue l'une des deux manières de réaliser à peu près une cession de créance dans le droit romain ; à ce point de vue, elle fera l'objet d'explications séparées (*Gaïus*, II, 38).

B. La novation par changement de débiteur joue le rôle d'un payement; car elle libère l'ancien obligé. Seulement la valeur fournie au créancier pour obtenir cette libération, au lieu d'être la prestation due, consiste dans l'engagement du nouvel obligé. Cette novation apparaît sous deux formes.

Expromissio. — Tantôt le créancier stipule d'un tiers ce qui lui était dû, sans l'intervention du débiteur. Il se produit alors ce qu'on appelle une *expromissio*, espèce particulière d'*intercessio* (*suprà*, n° 308) ; elle n'exige que le consentement du créancier et du tiers (f. 8, p. 5, *Dig.*, 46-2).

Délégation. — Tantôt le débiteur désigne à son créancier une tierce personne qui le payera. Il se produit alors ce qu'on appelle une *delegatio*, qui suppose le concours des trois volontés du créancier délégant, du débiteur délégué et du tiers délégataire (f. 11, *Dig.*, 46-2).

A. De ses caractères. — La délégation peut offrir divers caractères. 1° Elle n'a d'autre but que d'éteindre des obligations, lorsque Primus, créancier de Secundus et débiteur de Tertius, délègue son débiteur à son créancier, en donnant mandat à l'un de stipuler, à l'autre de promettre ; cette délégation opère une double novation, supprime la dette de Primus envers Tertius, la dette de Secundus envers Primus; et leur substitue une dette unique de Secundus envers Tertius. 2° La délégation sert à faire une donation, lorsque Primus délègue son débiteur à Secundus, qui n'est pas d'ailleurs son créancier. 3° La délégation sert à constituer un prêt, lorsque Primus délègue à son emprunteur Secundus un tiers qui lui doit de l'argent, etc.

La délégation consiste dans le mandat donné par le délégant au délégué ; sous cet aspect, elle n'implique aucune forme spéciale, et la volonté de déléguer se manifeste d'une façon quelconque. Mais elle n'entre dans le domaine des faits et ne devient irrévocable entre

le délégataire et le délégué qu'après la naissance d'une obligation du second envers le premier. Or le propre de la novation par voie de délégation, c'est que cette dette indispensable ne résulte pas toujours et nécessairement d'une stipulation. Un autre moyen de la réaliser est dans le contrat *litteris*, qui s'y applique d'habitude et sous la forme de la *transcriptio à personâ in personam* (*suprà*, n° 322; f. 17, *Dig.*, 46-2; f. 28, *Dig.*, 13-5) (1).

B. De ses effets. — Les effets de la délégation *novandi causâ* sont triples.

1° Le délégant est libéré envers le délégataire, et ne répond pas à son égard de l'insolvabilité préexistante ou future du délégué. Pour qu'il en soit autrement, il faut que la délégation ait été faite aux risques et périls du délégant; on l'appelle alors imparfaite, parce qu'elle n'entraîne pas une vraie novation (f. 18, *Dig.*, 46-1; *suprà*, n° 381).

Dans tous les cas où le délégant n'était pas débiteur du délégataire, la *condictio indebiti* lui est ouverte, sous les conditions ordinaires, pour obtenir indemnité du transport de sa créance (f. 8, p. 3, *Dig.*, 16-1).

2° Le délégué est libéré envers le délégant, comme s'il y avait eu payement véritable. En supposant que le délégué ne fût pas débiteur du délégant, ou qu'il fût simplement tenu d'une action paralysée par une exception perpétuelle, il pourra par une *condictio sinè causâ* le mettre en demeure de lui procurer sa libération, ou par l'action *mandati* lui demander le remboursement de ce qu'il aura déjà payé. Mais la possibilité de ce recours suppose que le délégué s'est engagé envers le délégataire pour éteindre la dette dont il se croyait valablement tenu envers le délégant, et qu'il n'était pas même lié par une obligation naturelle. A défaut de la première de ces deux conditions, la délégation vaudrait en qualité de donation; à défaut de la seconde, la délégation aurait sa cause dans la dette telle quelle qu'on voulait supprimer (f. 27; ff. 13, 12, *Dig.*, 46-2).

3° Le délégué devient débiteur du délégataire. Pourvu que l'objet de sa nouvelle dette soit désigné par le contrat verbal ou littéral, l'existence de son ancienne dette importe peu. On ne l'admet pas non plus à se prévaloir des exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant, pourvu qu'elles aient été inconnues du délégataire. Cette

(1) Quant au procédé de la *litis contestatio*, il en sera traité dans l'exposé des actions.

règle fléchit néanmoins, entre autres cas, à l'égard des exceptions perpétuelles qui ne laissent pas subsister une obligation naturelle, lorsque le délégué ignorait, en s'engageant, ce moyen de protection, et que le délégataire est un donataire. A plus forte raison, si le délégué ne devait rien et s'est engagé dans la conviction qu'il devait, pourra-t-il opposer au délégataire une exception de dol (f. 12, 13, 19, *Dig.*, 46-2 ; f. 2, p. 3, *Dig.*, 39-5 ; f. 7, *Dig.*, 44-4).

434. **Novation sans changement de personnes.** — Supposons maintenant que la novation s'opère *inter easdem personas ;* en quoi doit alors consister l'élément nouveau qu'elle requiert?

Changements admis dans le droit classique. — Au temps des jurisconsultes, trois sortes d'événements pouvaient produire la novation entre le même créancier et le même débiteur; ils avaient pour trait commun de modifier le rapport de droit entre les deux parties.

A. Le changement de cause. — Toutes les fois qu'une dette préexistante ne découle pas d'une stipulation, et qu'on la nove, il y aura changement de cause; car la novation se réalise précisément par une stipulation qui remplacera la source primitive du droit. Les parties y gagnent, si la première dette était de bonne foi, de la transformer en dette de droit strict. Dans tous les cas, elles rendent possibles pour la seconde l'accession d'un *sponsor* ou d'un *fidepromissor* et l'extinction par acceptilation (f. 24, *Dig.*, 13-5).

B. L'adjonction ou la suppression d'un terme, *adjectio vel detractio diei.* — Dans l'hypothèse de l'adjonction d'un terme, la novation protége *ipso jure* le débiteur contre une poursuite anticipée du créancier, tandis qu'un pacte de remise le garantirait seulement *exceptionis ope.* Dans l'hypothèse de la suppression d'un terme, le pacte serait tout à fait insuffisant; car il ne pourrait valablement aggraver la rigueur du contrat, et le créancier qui agirait avant le *dies* fixé par le contrat et supprimé par le pacte, commettrait une *plus-petitio* et serait déchu de son droit (*Gaïus*, III, 177 ; f. 5 ; f. 8, *Dig.*, 46-2).

C. L'adjonction ou la suppression d'une condition, *adjectio vel detractio conditionis.* — 1° Lorsqu'une obligation pure et simple est novée par une obligation conditionnelle, on sait que la novation ne devient certaine et définitive qu'après la condition accomplie. Mais, en attendant, la stipulation *novandi animo* ne reste pas sans effet. Elle autorise notamment le débiteur à repousser, *pendente conditione,* au moyen d'une exception de dol ou de pacte, l'action de la première obligation, et à répéter le payement qu'il en ferait

par erreur. De plus, dans la doctrine qui prévalut après controverse, elle purge la demeure antérieure du débiteur et l'affranchit du risque des cas fortuits, comme équivalente à des offres (*Gaïus*, III, 179; f. 36, *Dig.*, 12-1; f. 14, *Dig.*, 46-2).

La condition vient-elle à défaillir, l'action de la dette primitive est sans doute encore paralysée par l'exception de dol ou de pacte, dans le cas où la tentative de novation a eu lieu *inter easdem personas*. Dans l'hypothèse contraire, la première obligation recouvre toute sa force (*Gaïus*, III, 179; f. 30, p. 2, *Dig.*, 2-14).

2° En sens inverse, une obligation conditionnelle est novée quelquefois par une obligation pure et simple. La novation ne devient certaine et définitive qu'après l'accomplissement de la modalité. Mais la condition en suspens, ou même défaillie, n'empêche pas le créancier d'agir immédiatement en vertu de la seconde créance, qui est pure et simple. Seulement, si l'on ne le suppose pas repoussé par une exception, il devra plus tard, en cas de défaillance, rendre ce qu'il aura touché; car la seconde dette avait pour objet d'éteindre la première, et l'inexistence de celle-ci rend celle-là sans cause (f. 14, p. 1, *Dig.*, 46-2).

Changements admis dans le droit de Justinien. — Comme on le voit, telles étaient les seules modifications que pût apporter à la dette la novation du temps classique.

D. La novation par changement d'objet n'était donc pas connue des anciens jurisconsultes; à leurs yeux, la seconde obligation devait porter exactement sur la même prestation que la première. Cette règle transparaît dans tous les exemples donnés par Gaïus, résulte de la définition classique de la novation, et se trouve finalement écrite en termes à peu près formels dans plusieurs textes (*Gaïus*, III, 176 à 179; f. 91, p. 6, *Dig.*, 45-1; f. 4, *Dig.*, 46-2).

Mais Papinien, plus indulgent, permet de nover en stipulant la valeur de l'objet dû, au lieu de l'objet lui-même, et Justinien voit une novation dans la simple augmentation ou diminution de la dette primitive; dès ce jour, l'ancien principe n'est plus debout. On peut donc affirmer que la novation est possible par changement d'objet dans le dernier état du droit (f. 28, *Dig.*, 46-2; C. 8, *Cod.*, 8-42).

E. La simple modification de l'un des accessoires de l'obligation emporte enfin novation, depuis Justinien, sans qu'on exige désormais un changement du rapport de droit entre les deux parties.

C'est ainsi que l'adjonction ou la suppression d'un gage ou d'un fidéjusseur a la force de constituer l'élément nouveau qui est exigé pour la novation ; il suffit que les parties l'aient ainsi entendu (1).

§ III

Capacité requise dans les parties qui novent.

435. Les effets précédents de la novation déterminent la capacité requise dans les parties.

Le rôle de stipulant n'est personnellement accessible qu'au créancier capable de recevoir un payement, c'est-à-dire de rendre sa condition pire en éteignant sa première créance. Parmi les représentants, les tuteurs ou curateurs ont le droit de nover les créances de leur protégé, si la novation lui est avantageuse. Les mandataires et les individus *alieni juris* novent valablement les créances du mandant ou du *pater*, s'ils en ont l'autorisation ; on la présume à l'égard des créances du pécule (f. 16 ; f. 20 ; f. 34, *Dig.*, 46-2).

Le rôle de promettant, pour nover sa propre dette ou la dette d'autrui, est accessible à quiconque peut s'obliger naturellement ; car il suffira de la naissance d'une obligation naturelle pour réaliser la novation et détruire la première obligation civile (*suprà*, n° 431). Par exemple, le pupille non autorisé est admis à nover sa dette (*Inst.*, p. 3, *hic ; Gaïus*, III, 176 ; ff. 3, 8, p. 5, *Dig.*, 46-2).

SECTION TROISIÈME

AUTRES MODES GÉNÉRAUX D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

436. Outre le payement et la novation, on doit encore citer, comme moyens plus ou moins énergiques d'éteindre civilement une obligation quelconque, la *capitis deminutio*, le terme résolutoire, la prescription, la *litis contestatio*, la confusion, etc. Les deux premiers de ces événements nous sont déjà connus (*suprà*, n° 134, 286) ; le troisième et le quatrième seront compris dans la

(1) La première origine de cette doctrine fut probablement une décision de Gaius, pour qui l'accession ou le retranchement d'un *sponsor* formait une novation. Cette tentative avait fait son chemin ; d'autres s'y étaient ajoutées, et Justinien trancha toutes les controverses dans le sens de la liberté de nover (*Gaïus*, III, 177, 178).

théorie des actions. Reste à présenter en gros les règles de la confusion.

De la confusion. — On entend par confusion la réunion sur la même personne de deux qualités incompatibles, et qui n'ont pu naître que séparées. Dans la matière des obligations, la confusion ainsi entendue dérive de la confusion plus large de deux patrimoines.

Les effets de la confusion varient avec les hypothèses; bornons-nous à l'examen des plus intéressantes.

1° Le créancier succède au débiteur, ou *vice versâ*. Il se produit alors *ipso jure* une extinction véritable et complète de l'obligation, comme s'il y avait eu payement; aussi tous les accessoires, gages, hypothèques ou fidéjusseurs, disparaissent-ils du même coup, et nulle obligation naturelle ne survit (f. 21, p. 1, *Dig.*, 34-3; f. 95, p. 2, *Dig.*, 46-3).

2° Il y a plusieurs cocréanciers corréaux, et l'un d'eux succède au débiteur, ou plusieurs codébiteurs corréaux, et l'un d'eux succède au créancier. Ici la confusion n'équivaut plus au payement.

Dans le premier cas, le créancier qui succède au débiteur est tenu de l'obligation envers les autres; mais s'il existait entre eux un lien de société, on déduira de sa dette la part qu'il aurait eu droit d'obtenir à titre d'associé.

Dans le second cas, le débiteur qui succède au créancier pourra poursuivre ses anciens collègues pour le tout, déduction faite, s'il y a société, de la part qu'il aurait dû supporter en définitive. Les débiteurs accessoires sont libérés, lorsqu'ils n'avaient garanti que le *correus* qui succède; ils demeurent liés, quand ils avaient garanti tous les *correi promittendi*. Mais une exception de dol leur serait accordée, parce que l'héritier qui les actionne en qualité de créancier se trouverait aussitôt, en qualité de débiteur, obligé à les indemniser (f. 71, *Dig.*, 46-1).

3° Le créancier succède au fidéjusseur, ou le fidéjusseur au créancier. La fidéjussion est alors anéantie, sans que l'obligation principale reçoive la moindre atteinte. Le débiteur reste passible de l'action originaire, preuve évidente que la confusion ne produit pas ici les effets d'un payement (f. 21, p. 5, *Dig.*, 46-1).

4° Enfin le débiteur succède au fidéjusseur, ou le fidéjusseur au débiteur. L'obligation principale absorbe alors la fidéjussion, qui disparaît comme inutile, en emportant avec elle les exceptions

personnelles au fidéjusseur. Toutefois il en est autrement, quand la fidéjussion garantissait une dette naturelle; elle survit alors à raison de son utilité, et sauve en même temps l'obligation principale, qui subsiste pour lui servir de support (f. 93, p. 2-3; f. 95, p. 3, *Dig.*, 46-3; f. 14; f. 21, p. 2, *Dig.*, 46-1).

Les effets accomplis de la confusion peuvent cesser quelquefois, et l'obligation renaît alors. Il en est ainsi, par exemple, au profit du mineur de vingt-cinq ans qui se fait restituer contre son acceptation d'une hérédité désavantageuse, ou pour l'héritier testamentaire qui est expulsé de la succession par la plainte d'inofficiosité. L'un et l'autre reprennent les droits actifs ou passifs qu'avait éteints l'adition (f. 87, p. 1, *Dig.*, 29-2; f. 21, p. 2, *Dig.*, 5-2).

CHAPITRE XXXV

MODES SPÉCIAUX D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS

437. Dans le vieux droit romain, les formes nécessaires pour rendre efficace la volonté de l'homme étaient également nécessaires pour la révoquer et la détruire. C'est ainsi qu'on a déjà vu la *manus* établie par la *confarreatio* se dissoudre par la *diffarreatio*, et les choses sacrées redevenir profanes par une cérémonie inverse de la *consecratio*. De même, on le verra, le testament et le legs n'étaient révoqués, l'un que par un autre testament, l'autre que par une formule semblable à celle qui lui avait donné naissance. C'était l'application d'une règle générale : *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt* (f. 100, *Dig.*, 50-17).

On ne s'étonnera pas que les obligations l'aient également subie. Elle s'exprime même à leur égard par des adages plus spéciaux, entre autres : *ferè quibuscumque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur*. Cette maxime signifie qu'à chaque classe d'obligations contractuelles correspond un mode particulier d'extinction également conventionnelle, réglé sur le modèle de leur formation (ff. 35, 153, *Dig.*, 50-17).

En effet, au temps même de Gaïus, les obligations contractées par la forme antique de l'*æs* et *libra* s'éteignent encore *per æs et libram ;* les obligations verbales s'éteignent par le procédé verbal de l'acceptilation, et les obligations consensuelles par le *contrarius*

consensus. Quant aux deux classes d'obligations littérales et réelles, elles semblent échapper au principe. Mais on sait qu'il nous est parvenu peu de textes relatifs aux premières, et l'on a le droit de penser que, si nos documents étaient plus riches, ils nous feraient connaître des écritures extinctives. Pour les secondes, formées *re*, elles se dissolvent *re*, c'est-à-dire par le payement, ce qui revient à constater que leur mode propre d'extinction reçut une application générale à toutes les obligations contractuelles ou non contractuelles.

La portée de la règle fut donc absolue à l'origine, suivant toutes les vraisemblances. On doit même conjecturer qu'elle commença par être impérative ; les parties ne pouvaient dissoudre l'obligation que par le mode spécial au contrat qui l'avait créée, c'est-à-dire les obligations engendrées *re* par un payement réel, les obligations engendrées *verbis* par l'acceptilation, etc. Cette conclusion n'a rien que de conforme à l'esprit formaliste des premiers législateurs romains. Mais, dans le droit classique, il n'en est plus de même ; l'emploi de tel ou tel mode d'extinction est devenu facultatif, et l'ensemble du système, au lieu de gêner la volonté des parties, lui ouvre désormais diverses voies également libres pour arriver à la suppression des obligations.

L'acceptilation et le *contrarius consensus* constituent les seuls vestiges importants de la théorie antique.

SECTION PREMIÈRE

DE L'ACCEPTILATION (*Inst.*, III, t. XXIX, p. 1-2).

Dans sa formule, l'acceptilation exprime la fiction d'un payement ; de là vient qu'on la qualifiait de *solutio imaginaria*.

§ I

De son domaine et de sa forme.

438. L'acceptilation se restreignit d'abord à la stipulation ; mais les jurisconsultes finirent par l'étendre aux obligations nées de la *dictio dotis* ou de la *jurata promissio liberti*, c'est-à-dire à toutes les obligations verbales (*Gaïus*, III, 170 ; f. 13, *Dig.*, 46-3).

Forme de l'acceptilation. — Comme la stipulation, elle consiste dans une interrogation suivie d'une réponse ; seulement c'est le

débiteur qui interroge et le créancier qui répond, par exemple dans les termes suivants : *quod ego tibi promisi, acceptumne habes? Habeo.* Tout ce qu'on sait déjà de l'élargissement progressif de la stipulation retrouve ici son application. Enserrée au début dans une formule unique et latine, l'acceptilation devint de plus en plus libre, admit les langues étrangères, et fut ouverte aux pérégrins (si ce n'est sous la forme *quod spopondi*).

Depuis la suppression des solennités de paroles, en 469, elle n'exige plus qu'une question et une réponse concordantes et continues (*suprà*, n° 259; f. 7; 8, p. 4; 9, *Dig.*, 46-3).

Domaine de l'acceptilation. — L'acceptilation était néanmoins rangée parmi les *actus legitimi*, et l'on avait déduit de ce caractère deux grandes catégories de conséquences :

1° L'apposition expresse d'un terme ou d'une condition quelconque viciait l'acceptilation. Les jurisconsultes appuyaient cette décision sur l'analogie fictive de cette opération avec le payement, qui est nécessairement un fait pur et simple. Mais on y admettait toutes sortes de modalités tacites, c'est-à-dire non insérées dans la formule de l'interrogation. Par suite, l'acceptilation se trouvait valablement soumise aux termes ou conditions que les parties exprimaient dans un acte distinct, ou qui résultaient évidemment des circonstances. La libération du débiteur était alors reculée jusqu'à l'échéance du terme ou l'événement de la condition ; cette dernière rétroagissait aussi bien que dans les contrats, et ne pouvait donc éteindre que les dettes qui existaient au moins à l'instant de l'acceptilation (*Fr. Vat.* 329; f. 77, *Dig.*, 50-17; ff. 4, 5, 12, 13, p. 8 et 9, *Dig.*, 46-4).

2° L'acceptilation devait intervenir entre le débiteur et le créancier, et ne pouvait avoir lieu par représentants. Cette règle offrait bien des inconvénients dans le cas où l'un des intéressés était hors d'état de participer à l'acceptilation, comme l'*infans*, le fou, l'absent, le muet ou le sourd. Mais la novation fournissait un remède; toute personne capable de nover la créance ou la dette d'autrui avait la faculté de se rendre créancier ou débiteur, et de prendre part ensuite en son propre nom à l'acceptilation (f. 3; f. 13, p. 10; *Dig.*, 46-4).

Quant aux individus *alieni juris*, ils n'ont pas le pouvoir, même sur un ordre formel du père de famille, d'éteindre ses créances par acceptilation; mais il leur est loisible de le libérer de ses dettes au

moyen de ce procédé (f. 22, *Dig.*, 46-4; f. 71, p. 2, *Dig.*, 46-3).

Le créancier et le débiteur eux-mêmes, malgré l'assimilation de l'*acceptilation* au payement, ne jouissaient pas de la même capacité pour ces deux actes. Le germe de la différence est dans la nature gratuite de l'acceptilation, qui ne constitue qu'un payement fictif. Elle est donc plus favorable au débiteur et plus nuisible au créancier qu'un payement réel. En conséquence, le pupille non autorisé et tout débiteur qui n'est ni fou ni *infans* peut recevoir une acceptilation, quoique incapable de payer. A l'inverse, la femme en tutelle, quoique capable d'accepter seule un payement, ne peut consentir seule une acceptilation (f. 2, *Dig.*, 46-4; *Gaïus*, II, 85; III, 171).

§ II

De son objet et de ses effets.

439. Ici deviennent plus saillantes les suites de la fiction de payement que renferme l'acceptilation.

Objet. — Elle ne saurait avoir un objet distinct de l'objet de l'obligation qu'il s'agit d'éteindre. Après controverse, il fut permis de faire une acceptilation partielle, hors le cas d'une dette indivisible, ou de l'appliquer à l'une des deux choses comprises dans une dette alternative, etc. (f. 13, p. 1 et 4, *Dig.*, 46-4; f. 27, p. 6, *Dig.*, 2-14; *Gaïus*, III, 172; *Inst.*, p. 1, *hic*).

Effets. — Dans ses effets, l'acceptilation est absolument assimilable au payement. Elle éteint *ipso jure* l'obligation; lorsque le payement reçu par l'un de plusieurs cocréanciers, ou fait par l'un de plusieurs codébiteurs, doit supprimer l'obligation à l'égard de tous, l'acceptilation produit le même résultat. Elle ne laisse rien subsister non plus des accessoires personnels ou réels, tels que fidéjussion, hypothèques ou gages (ff. 13, p. 7, 12; f. 16, *Dig.*, 46-4; f. 11, p. 2, *Dig.*, 13-7).

En définitive, c'est principalement par ses résultats extinctifs que l'acceptilation équivaut au payement. L'utilité pratique de cette fiction était grande sans doute, s'il en faut juger par les textes nombreux qui s'en occupent. Il est clair tout d'abord que l'acceptilation offrait une forme commode de donation. Mais elle pouvait jouer également un rôle à titre onéreux; par exemple, elle concourait avec le payement réel ou la dation en payement pour en faciliter

la preuve, et servait en outre, soit à procurer au débiteur sa libération dans tous les cas où il avait le droit de l'exiger, soit à constituer une dot au débiteur qui se mariait, etc.

§ III

De la stipulation Aquilienne.

440. Appliquée à des obligations non verbales, l'acceptilation ne les faisait pas disparaître *ipso jure*. Mais il était impossible de lui refuser au moins la force d'une simple manifestation de volontés, et la jurisprudence la considérait alors comme un pacte qui opérait *exceptionis ope* (f. 27, p. 9, *Dig.*, 2-14; ff. 8, 19, *Dig.*, 46-4).

Cependant il existait un moyen bien simple d'éteindre de plein droit par l'acceptilation une dette quelconque; c'était de transformer cette dette en obligation verbale, et la novation y suffisait (*Gaïus*, III, 170; *Inst.*, p. 1, *hic*).

Telle est l'idée féconde qui fut développée par le jurisconsulte Aquilius Gallus, ami de Cicéron et son collègue dans la préture vers la fin du septième siècle de Rome. Il inventa une formule double, que le Digeste et les Institutes nous ont conservée sous le nom de stipulation Aquilienne. Cette formule contient : 1° un modèle de stipulation destinée à nover tous les droits réels ou de créance compris dans notre patrimoine; 2° un modèle d'acceptilation destinée à les supprimer, une fois transformés en obligation verbale (*Inst.*, p. 2, *hic*; f. 18, *Dig.*, 46-4).

De sa nature. — On voit tout de suite que la stipulation Aquilienne constitue un procédé de novation. A ce point de vue, elle a pour caractère spécial et technique de nover les droits réels eux-mêmes, qui ne se novent pas en thèse générale. C'est qu'elle est conçue pour la fiction de l'hypothèse où ces droits seraient l'objet d'un procès, et les suppose déduits en justice par la *litis contestatio;* tous ses termes en font foi. Or, on verra plus tard que la condamnation, dans le système classique de procédure, est toujours pécuniaire; par conséquent, l'effet de la *deductio in litem* est de transformer le droit quelconque en une créance, qui n'a jamais pour objet que de l'argent, et qu'on peut dès lors nover sans difficulté.

De son but. — Mais si la stipulation Aquilienne constitue un procédé de novation, il est non moins vrai qu'on en use unique-

ment dans le but de supprimer, par une acceptilation immédiate, la dette verbale qu'elle aura créée. Car il serait impossible de s'expliquer autrement l'intérêt qu'auraient les parties à fondre des droits antérieurs dans une créance d'argent indéterminée. Les documents sont d'ailleurs précis à cet égard ; par exemple, les Institutes nous montrent que l'acceptilation suit immédiatement la stipulation : *quidquid tibi hodierno die per Aquilianam stipulationem spopondi, id omne habesne acceptum* (*Inst.*, p. 2, *hic*).

On pourrait même faire un pas de plus et délimiter la sphère d'application de la stipulation Aquilienne. Elle avait pour objet peut-être exclusif, tout au moins principal, d'effacer *ipso jure* des droits litigieux, à la suite d'un désistement ou d'une transaction. Elle offrait l'avantage d'éteindre, avec plus d'énergie qu'un pacte de remise, les actions purement *in rem*, et de tarir d'un seul coup, si besoin était, les différentes sources de poursuites réelles ou personnelles entre les deux parties. De plus, si quelque compensation était promise par simple convention à l'auteur de l'acceptilation, ce pacte devenait obligatoire, à titre de contrat innommé *facio ut des*.

En résumé, la double formule d'Aquilius Gallus sert à réaliser une opération unique, dont l'acceptilation et la stipulation sont les éléments inséparables.

§ IV

Comparaison de l'acceptilation et du pacte *de non petendo.*

441. Le pacte *de non petendo*, déjà signalé dans la théorie générale des pactes, est une convention qui accorde au débiteur, soit un terme pour payer, soit une pleine remise de sa dette. Il relève des mêmes principes dans ses deux applications ; mais nous retrouverons la première (pacte *ne petatur intrà tempus*) en traitant des exceptions temporaires, et la seconde (pacte *ne petatur*) doit seule avoir une place ici.

Le pacte de remise tend au même résultat que l'acceptilation. Il lui est inférieur par l'énergie ; en revanche, il a l'avantage de n'exiger aucune forme et d'individualiser au gré de ses auteurs l'extinction qu'il produit. Ces trois différences seront vite comprises :

A. Le pacte de remise n'opère pas *ipso jure*, mais seulement

exceptionis ope (1) ; le défendeur qui l'invoque devra donc en obtenir la mention dans la formule. Autrement dit, ce pacte laisse subsister la dette et se contente de la paralyser ; dès lors, un pacte inverse la rendra derechef efficace, en neutralisant l'*exceptio pacti* par une *replicatio pacti*. En conséquence, toutes les fois qu'un résultat irrévocable est nécessaire pour engendrer ou parfaire un rapport de droit, le pacte *de non petendo* n'y pourra suffire ; c'est ainsi qu'il n'engendre pas le contrat innommé *facio ut des*, *facio ut facias*, et qu'il ne parfait pas la donation d'après la loi Cincia (*Inst.*, IV, t. 13, p. 3).

B. Le pacte de remise individualise, au gré de ses auteurs, l'extinction qu'il produit. Cette règle signifie qu'il opère tantôt à l'égard des parties seules, tantôt à l'égard de tous les intéressés ou de plusieurs d'entre eux. A ce point de vue, on appelle pacte *in rem* le pacte impersonnel, c'est-à-dire conçu sans désignation de personnes, et pacte *in personam* le pacte dont les sujets actifs ou passifs sont déterminés.

Il est fait par l'un des cocréanciers. — 1° S'il y a plusieurs cocréanciers corréaux, le pacte émané de l'un d'eux ne donne jamais lieu à l'exception *pacti* contre les autres, fût-il *in rem*. Mais en supposant dans ce dernier cas un lien de société entre les *correi*, il procure sans doute au débiteur poursuivi une exception de dol, pour la part que l'auteur du pacte aurait eue dans le montant de la créance. 2° Le pacte consenti par le stipulant principal est opposable à l'*adstipulator;* mais la réciproque n'est pas admissible.

Il est fait à l'un des codébiteurs. — Le pacte *in personam* ne profite qu'au débiteur qu'il désigne (2). Le pacte *in rem* est invocable par tous les obligés investis d'un recours contre le débiteur qui l'a obtenu. Sont compris dans cette formule les codébiteurs corréaux unis par un lien de société, et les fidéjusseurs ou débiteurs accessoires envers le débiteur principal. Mais la remise consentie à l'un des débiteurs accessoires ne profite ni aux autres ni au débiteur principal (f. 23 ; f. 25, *Dig.*, 2-14).

Du reste, l'intention des parties est la loi souveraine du pacte (f. 7, p. 8 ; f. 22, *Dig.*, 2-14).

(1) Par dérogation à ce principe, le pacte éteint *ipso jure* les actions *furti* et *injuriarum* (*suprà*, n° 387).

(2) Il est donc possible que le pacte *in personam* ne libère pas l'héritier du débiteur qui l'a reçu. Il n'a d'autre conséquence alors que d'affecter l'obligation d'un terme incertain, et de valider sous une forme détournée les stipulations *post mortem promittentis* (f. 17, p. 3 ; f. 25, p. 1, *Dig.*, 2-14).

Par une application de cette dernière règle, le pacte paralyse les hypothèques adjointes à la dette personnelle qu'il concerne (f. 17, p. 2, *Dig.*, 2-14).

C. Le pacte de remise n'exige aucune forme et peut n'être que tacite. Il est donc applicable à toute sorte d'obligations et comporte toute espèce de modalités licites. Le créancier et le débiteur y procèdent valablement, par le seul fait qu'ils sont capables de consentir. Les représentants quelconques, tuteur, curateur, mandataire, y sont admis dans les limites de leur pouvoir. Enfin les personnes *alieni juris* peuvent, non-seulement procurer au père de famille sa libération par ce moyen, mais encore le dépouiller ainsi des créances comprises dans leur pécule, pourvu qu'elles aient la libre administration de ce pécule et ne fassent pas une remise gratuite (ff. 2; 4, p. 1; 11 à 15; 18 à 21; 28, p. 2, *Dig.*, 2-14).

SECTION DEUXIÈME.

DU *CONTRARIUS CONSENSUS* (*Inst.*, III, t. XXIX, p. 4).

442. Les contrats consensuels peuvent se dissoudre comme ils se forment, par le simple consentement. Ce que les parties ont voulu, elles sont maîtresses de ne le vouloir plus.

Pour que le *contrarius consensus* produise cet effet extinctif, il faut l'une ou l'autre des conditions suivantes.

1° *Rebus integris.* — Il doit intervenir avant tout fait d'exécution du contrat, *rebus adhùc integris, re nondùm secutâ.* Les jurisconsultes romains se divisent sur l'interprétation de ce principe. Les uns ne voient d'obstacle au plein effet du *contrarius consensus* que dans l'exécution totale ou partielle d'une obligation essentielle au contrat, comme la tradition faite par le vendeur, ou le payement du prix fait par l'acheteur. Les autres enseignent qu'un acte d'exécution quelconque, même relatif à des éléments accidentels du contrat, empêche le *contrarius consensus* d'opérer *ipso jure*, et ne lui laisse plus, comme à tout autre pacte ordinaire, que la force de produire une exception; tel serait le cas où le vendeur, pour obéir à quelque convention de la vente, aurait fourni un fidéjusseur, sans rien accomplir de plus (f. 95, p. 12, *Dig.*, 46-3; f. 3, *Dig.*, 18-5).

On doit ajouter d'ailleurs que les choses cessent d'être entières, avant toute exécution directe, par le seul fait que l'une des obligations a disparu, fût-ce à la suite de la perte fortuite de l'une des

choses dues. Car le *contrarius consensus* ne saurait éteindre une obligation sans éteindre l'autre, de même que le consentement primitif les a formées simultanément (f. 5, p. 2, *Dig.*, 18-5).

2° *Rebus in integrum restitutis.* — Même après des actes d'exécution, si les choses peuvent redevenir entières, le *contrarius consensus* aura son effet extinctif de plein droit, *rebus in integrum restitutis.* Par exemple, le vendeur a livré la chose, et l'acheteur la lui rend telle qu'il l'a reçue (f. 58, *Dig.*, 2-14; C. 1, *Cod.*, 4-45).

Remarques sur les pactes. — Il faut noter que la règle applicable aux contrats consensuels ne l'est pas aux pactes. Soit un pacte *de non petendo*, puis un pacte contraire *de petendo ;* le second ne dissout pas le premier de plein droit, mais en paralyse seulement l'exception par une réplique. C'est que l'*exceptio pacti* était conçue *in factum*, et posait uniquement au juge la question de savoir si la convention de remise avait eu lieu. Le juge ne pouvait répondre qu'affirmativement; il fallait donc lui poser ensuite la question de savoir s'il était intervenu une convention inverse. C'est là ce qu'on exprime en disant : *in pactis factum versatur* (f. 27, p. 2, *Dig.*, 2-14).

APPENDICE

PERTE DE LA CHOSE DUE. — RÈGLES DE LA DEMEURE.

443. La perte de la chose due est un mode d'extinction spécial à certaines obligations, non plus à raison de leur cause, mais à raison de leur objet. Car ce mode ne s'applique directement et réellement qu'aux obligations de corps certains; les dettes de genre n'y sont pas exposées, parce que la disparition absolue d'un genre, quoique possible en fait, est trop extraordinaire pour compter en droit (1).

Supposons que Primus doive à Secundus un corps certain, tel que l'esclave Stichus, un cheval déterminé, etc. Si l'objet dû vient à périr par le fait du débiteur, même sans faute de sa part, l'obligation persiste et porte désormais sur les dommages-intérêts. Si le corps certain vient à périr par cas fortuit ou de force majeure, le débiteur ne doit plus rien. En d'autres termes, quand la dette dérive d'une cause unilatérale, les risques sont toujours pour le créancier. Dans les

(1) Quant aux obligations de faire, l'impossibilité de l'exécution équivaut à la perte de la chose due (f. 14, p. 2, *Dig.*, 13-5).

contrats synallagmatiques, la question des risques n'a pas le même sens ; elle revient à se demander si le débiteur libéré de sa dette peut encore se prévaloir de sa créance. Mais dans les uns et les autres, la perte fortuite de l'objet supprime l'obligation, car il lui faut un objet pour vivre aussi bien que pour naître ; *impossibilium nulla est obligatio* (*Inst.*, II, t. XX, p. 16 ; III, t. XIX, p. 2 ; f. 91, p. 1, 2, 3, *Dig.*, 45-1).

Du reste, il n'y a pas à distinguer si la perte est physique ou juridique. L'esclave dû meurt ou reçoit la liberté, le meuble dû brûle ou devient *res sacra ;* dans les deux cas le débiteur est libéré. On a déjà résolu diverses difficultés à cet égard, en traitant des stipulations inutiles (*suprà*, n°s 273, 274 ; f. 83, p. 5, *Dig.*, 45-1).

Il va de soi que les parties peuvent convenir à l'avance que la perte même fortuite ne libérera pas le débiteur. Cette convention est sous-entendue, lorsque la tradition est faite avec estimation (f. 5, p. 3, *Dig.*, 13-6 ; f. 10, *Dig.*, 23-3).

De même, si la perte fortuite n'arrive qu'après la mise en demeure du débiteur, elle est censée provenir de son fait personnel, et laisse par conséquent subsister sa dette. L'obligation est même réputée conserver son objet primitif, bien que disparu, et c'est cet objet qu'il faudra désigner dans l'*intentio* de la formule, ou dans la stipulation faite pour nover, etc. (f. 23 ; f. 83, p. 7 ; f. 91, p. 6, *Dig.*, 45-1).

444. De la mora.— La théorie de la demeure doit ici trouver sa place.

En fait, la demeure consiste dans le retard injuste que le débiteur met à payer, *mora est fraudulosa dilatio.* En droit, elle suppose deux conditions :

Conditions de la demeure. — 1° Il faut de la part du créancier une *interpellatio* régulière. Ce mot désigne une sommation d'avoir à s'exécuter, adressée après l'échéance par une personne capable de recevoir le payement, à une personne capable de payer ; le juge apprécie l'opportunité du lieu où se fait cette signification (f. 24, p. 2 ; f. 32 ; *Dig.*, 22-1 ; f. 24 ; f. 49, p. 3, *Dig.*, 45-1).

2° Il faut de la part du débiteur un retard injuste. Par suite, si le débiteur a des raisons plausibles de se croire franc et quitte, ou s'il a perdu sans dol ni faute la détention de ce qu'il devait, son refus d'obtempérer à l'*interpellatio* ne le met pas en demeure (f. 5, *Dig.*, 12-1).

Ces règles ne sont pas sans exceptions. Ainsi, dans l'absence d'un

débiteur qui n'a chargé personne de payer en son nom, l'*interpellatio* est impossible, et se trouve suffisamment remplacée par la constatation de ce fait devant témoins (f. 2, *Dig.*, 22-2).

Il y a même un ensemble d'hypothèses où le débiteur est en demeure *re ipsâ*, c'est-à-dire de plein droit et sans le fait du créancier. C'est lorsque l'obligation de restituer dérive d'un délit, comme un vol, une violence, un détournement entre associés, etc. (f. 1, p. 1, *Dig.*, 22-1 ; f. 20, *Dig.*, 13-1 ; f. 19, *Dig.*, 43-16).

On a l'habitude d'affirmer en thèse générale que la demeure a lieu de plein droit dans les obligations à terme, et d'exprimer ce résultat par un adage qui n'est pas romain : *dies interpellat pro homine*. Qu'il en soit ainsi dans certains cas déterminés, rien de plus vrai ; par exemple, la stipulation pénale devient exigible dès l'expiration du délai consenti pour l'obligation principale ; de même, la demeure est encourue dès l'échéance, lorsqu'il résulte des circonstances que l'obligation ne peut être utilement exécutée plus tard. Mais, en principe, le terme ne constitue pas la demeure *re ipsâ ;* car il est supposé dans l'intérêt du débiteur jusqu'à preuve contraire (C. 12, *Cod.*, 8-38).

Effets de la demeure. — La mise en demeure entraîne deux conséquences importantes. 1° Si la dette a pour objet un corps certain, la demeure transporte les risques du créancier au débiteur ; ce dernier ne sera plus libéré par la perte totale et répondra de toute perte partielle (f. 8, p. 1, *Dig.*, 13-1 ; f. 108, p. 11, *Dig.*, 30).

2° La demeure engendre l'obligation de restituer les fruits, et dans les dettes *bonæ fidei* fait courir les intérêts. Cette dernière règle embrassait naturellement les fidéicommis, et fut étendue au legs *sinendi modo* (f. 32, p. 2, *Dig.*, 22-1 ; f. 23, *Dig.*, 30; *Gaïus*, II, 280).

Les mineurs de vingt-cinq ans ont de plein droit l'un des avantages de la demeure ; c'est que les intérêts courent *re ipsâ* depuis l'échéance de leur créance jusqu'à leur majorité. Encore faut-il que leur débiteur soit dans son tort en ne payant pas ; c'est ainsi que les intérêts ne courent point au profit du pupille qui n'a pas de tuteur (C. 3, *Cod.*, 2-41 ; f. 17, p. 3, *Dig.*, 22-1).

Purgatio moræ. — La demeure est purgée, lorsque le débiteur en arrête les conséquences. Il y parvient en faisant, soit au créancier, soit à son représentant, des offres dans la forme et suivant les règles déjà signalées (*suprà*, n° 429). La novation et l'acceptila-

tion conditionnelles sont encore des manières de purger la *mora* (*suprà*, nos 434 et 439).

La *purgatio moræ* aboutit, pour ainsi dire, à mettre le créancier en demeure au lieu du débiteur (f. 8, pr., *Dig.*, 13-1; f. 72, pr., *Dig.*, 46-3).

CHAPITRE XXXVI

CESSION D'ACTIONS OU DE CRÉANCES.

445. On peut concevoir en théorie qu'un propriétaire ou qu'un créancier veuille céder son action réelle ou personnelle. Mais, dans la pratique, le propriétaire est maître d'aliéner directement son bien, et la faculté de céder son action réelle ne lui sera nécessaire qu'en le supposant dépouillé de la possession, par exemple, à la suite d'un vol. Au contraire, la loi romaine n'admet pas l'aliénation proprement dite des créances (*suprà*, n° 248); le créancier n'est donc pas libre de se substituer quelqu'un dans son droit, et doit se contenter d'obtenir un résultat analogue en cédant son action personnelle. La cession des actions réelles est rare et d'une utilité fort minime; la cession des actions personnelles est fréquente et d'une haute importance. Elle constitue, au fond, la cession des créances dans le droit romain.

445 *bis*. **Causes de la cession de créances.** — La cause et le procédé de la cession sont choses bien distinctes. En effet, cette cause peut être une vente, une donation, un legs, une constitution de dot : elle est quelquefois même dans la loi, notamment au cas du bénéfice *cedendarum actionum*, accordé aux codébiteurs corréaux, aux cofidéjusseurs, aux *comandatores pecuniæ credendæ*. Dans toutes ces hypothèses, on voit une personne qui a droit à la cession; mais par quel procédé la cession va-t-elle se réaliser? Sans doute, il fut permis de tout temps à cette personne de toucher le payement, si le débiteur voulait bien le lui faire, ou d'exiger que le créancier exerçât lui-même son action et lui en transférât le bénéfice. Mais pouvait-elle poursuivre elle-même le débiteur? Dans le premier système judiciaire des Romains, sous les *legis actiones*, la négative était certaine; car la vieille législation défendait de plaider au nom d'autrui. Cette lacune fut à peu près comblée à l'aide de deux moyens.

446. **Premier procédé de cession ; novation.** — La novation par changement de créancier constitue manifestement une manière de réaliser, non pas un véritable transport de créance, mais une opération presque semblable. Primus, créancier de Secundus, libère son débiteur, qui promet à Tertius l'objet de son obligation précédente. Cette novation éteint immédiatement et de plein droit la créance de Primus, et la remplace par la créance équivalente de Tertius.

Deux grands inconvénients s'attachent à cette méthode. D'abord elle nécessite le consentement du débiteur; ensuite elle laisse disparaître en principe, avec la créance antérieure, les garanties accessoires dont elle était peut-être entourée.

446 *bis*. **Second procédé de cession ;** *procuratio in rem suam.* — Une cession plus directe et plus réelle peut s'opérer par la voie du mandat. Primus, créancier de Secundus, confie à Tertius l'exercice de son action et le dispense de toute reddition de compte, c'est-à-dire lui en abandonne d'avance le résultat; c'est une *procuratio in rem suam.* Du jour où Tertius aura mené l'instance jusqu'à la *litis contestatio*, le droit, désormais transformé par l'effet immédiat de cette partie de la procédure, deviendra sien comme s'il l'eût toujours été. Il y a donc ici substitution du cessionnaire dans la position qu'aurait eue le cédant en agissant lui-même.

Vices originaires. — Mais ce procédé avait aussi à l'origine des vices graves et nombreux. Il constituait une application particulière du mandat *ad litem.* Dès lors, il supposait dans les parties une capacité spéciale qui ne se confondait pas avec la capacité d'aliéner et d'acquérir, et qu'on appréciera plus tard. En outre et surtout, il ne saurait dépasser les effets d'un mandat. Conséquemment, jusqu'à la substitution produite par la *litis contestatio*, le cessionnaire *procurator* était bien investi du droit de poursuivre la créance, et même de l'éteindre par les voies prétoriennes du pacte de remise ou du serment; mais il n'en était pas titulaire. Elle restait dans le patrimoine du cédant, qui pouvait donc l'anéantir lui-même au moyen de l'acceptilation, recevoir un payement valable du cédé, révoquer le mandat. De plus, le débiteur avait la faculté d'opposer au cessionnaire toutes les exceptions, même de compensation, dont il jouissait contre le cédant. Enfin la *procuratio* s'évanouissait, comme tout autre mandat, par la mort du cédant ou du cessionnaire.

Réformes postérieures. — Vers la fin de l'époque classique, ces regrettables défectuosités avaient à peu près disparu. Le principe capital des réformes, c'est qu'on reconnut de son chef au *procurator in rem suam* un droit propre et des actions utiles. Désormais il se trouva tranquille du côté du cédant ; ce dernier ne fut plus maître, ni de révoquer le mandat, ni de l'inutiliser en poursuivant lui-même; et le décès de l'une des parties ne fit plus tomber le mandat (f. 55, *Dig.*, 3-3 ; c. 1, 2, *Cod.*, 4-10; C. 1, *Cod.*, 5-58).

Envers le cédé, le cessionnaire se garantissait de tout danger par une simple signification qu'il lui faisait de la cession. Le débiteur n'était plus admis à se prévaloir alors, ni des conventions extinctives de sa dette que lui aurait consenties le cédant, ni du payement qu'il lui aurait versé, ni des exceptions qu'il aurait acquises à son encontre (C. 3, *Cod.*, 8-42).

Par un dernier progrès, les jurisconsultes et les empereurs en arrivèrent à sous-entendre la *procuratio in rem suam* dans tous les cas où elle était due en vertu d'une convention, d'un testament ou de la loi, pourvu que la personne qui y avait droit n'eût pas laissé périr les actions par sa faute, en payant sa dette sans aucune réserve. C'est par une application de cette belle règle qu'on a vu le mandant, sans nulle cession formelle, exercer des actions utiles contre les tiers débiteurs de son mandataire (*suprà*, n° 384; f. 1, p. 13, *Dig.*, 27-3 ; C. 7, 8, *Cod.*, 4-39; C. 18, *Cod.*, 6-37).

Dernier état de la loi romaine à cet égard. — Dans cette situation, la *procuratio in rem suam* se réduit à deux propositions fondamentales : 1° le cessionnaire est absolument à la place et dans les droits du cédant, c'est-à-dire investi de ses actions et sûretés tant principales qu'accessoires, et passible de tous les moyens de défense que le cédé acquiert contre le cédant, sans dol et préalablement à la notification de la cession ; 2° dans les cessions à titre onéreux, le cédant ne garantit que l'existence de la créance, et non la solvabilité du cédé, sauf convention contraire. Il faut donc que le cédé soit débiteur du cédant et n'ait pas d'exceptions valables, au moment de la cession; sinon, le cessionnaire obtiendra des dommages-intérêts, égaux à la créance dans le cas où elle avait pour objet une somme déterminée, mesurés sur le préjudice en toute autre hypothèse (ff. 2, pr. 4, 5, *Dig.*, 18-4).

447. Des actions incessibles. — Du reste, une règle commune aux cessions à titre onéreux ou gratuit, c'est qu'une action, pour être

cessible, doit compter dans notre patrimoine ; par exemple, l'action d'injures et les actions populaires ne le sont pas. En supposant même cette condition remplie, la cession n'est pas toujours valable. Ainsi Dioclétien et ses successeurs annulèrent la cession faite *ad potentiorem*, c'est-à-dire pour susciter au débiteur un créancier plus redoutable (f. 28, *Dig.*, 47-10 ; f. 7, p. 1, *Dig.*, 47-23 ; C. 1, 2, *Cod.*, 2-14).

La plus célèbre de ces restrictions résulte d'une constitution d'Anastase, renouvelée par Justinien. Ces empereurs décidèrent qu'en dehors de certains cas rigoureusement déterminés, le cessionnaire à titre onéreux d'un droit litigieux ne pourrait exiger du cédé que ses déboursés et les intérêts légitimes. Ils voulaient ainsi couper court aux manœuvres de spéculateurs éhontés (*alienis fortunis inhiantes*) ; c'était détruire le mal par la racine que de leur enlever toute espérance de gain (C.C. *Per diversas* et *Ab Anastasio*, 22, 23, *Cod.*, 4-35 ; cf. art. 1699 C. civ.).

TROISIÈME DIVISION (DE LA DEUXIÈME PARTIE)

DES MODES D'ACQUÉRIR *PER UNIVERSITATEM*, ET PRINCIPALEMENT DES SUCCESSIONS.

(*Inst.*, II, t. X à XXV ; III, t. I à XII).

CHAPITRE XXXVII

NOTIONS GÉNÉRALES.

448. Parmi les modes d'acquérir *per universitatem*, les uns s'appliquent aux biens d'une personne vivante, comme l'*adrogatio*, la *conventio in manum*, le sénatus-consulte Claudien, etc. Les autres s'appliquent aux biens d'une personne morte, comme la succession dans ses diverses formes. Il en est enfin qui s'appli-

(1) Pour la distinction des modes d'acquérir à titre singulier ou *per universitatem* (voy. *suprà*, n° 154).

quent tantôt aux biens d'un vivant, tantôt aux biens d'un défunt, comme la confiscation générale et la *bonorum venditio*. La théorie de la succession domine de haut tout le reste, et c'est elle surtout qu'il faut approfondir.

Du patrimoine et de l'hérédité en général. — On entend par patrimoine (en latin *familia*) l'ensemble des droits actifs et passifs d'une personne. Quand le patrimoine est laissé par un défunt, on l'appelle spécialement hérédité (*hereditas*). L'hérédité comprend donc trois éléments : 1° les biens, c'est-à-dire tout l'actif corporel ou incorporel ; 2° les dettes, c'est-à-dire les obligations du défunt, augmentées de celles qu'occasionne la transmission héréditaire ou qu'il a lui-même imposées à ses héritiers ; 3° dans l'ancienne législation romaine, les *sacra privata*, c'est-à-dire la charge de continuer le culte domestique du défunt : mais ce troisième élément n'existait plus en fait à l'époque classique, et disparut en droit sous les empereurs chrétiens.

La personne qui recueille l'hérédité se nomme *heres*, d'un nom voisin de *herus* et qui suppose également l'idée de propriété. Dans la mesure de l'hérédité, c'est-à-dire pour l'actif et le passif du patrimoine, en laissant de côté les droits de famille, sociaux et politiques, qui sont de leur nature intransmissibles, l'héritier continue la personne juridique du défunt et le représente *in universum jus* (f. 24, *Dig.*, 50-16 ; f. 59, 62, *Dig.*, 50-17).

La *succession*, dans le sens technique du mot, n'est que la transmission de l'hérédité. Or l'hérédité se transmet, soit à une ou plusieurs personnes que désigne le défunt, soit à une ou plusieurs personnes que désigne la loi. On distingue par conséquent deux ordres de successions, la succession testamentaire, *à testato*, et la succession légitime, *ab intestato*.

449. **Prépondérance de la succession testamentaire.** — Un principe à retenir, c'est la prépondérance marquée de la succession testamentaire sur la succession légitime dans le droit des Romains. L'influence en fut grande et profonde dans leur législation successorale, où l'on en retrouve la trace à chaque pas. L'expliquer paraît impossible. Cette répugnance à mourir sans testament est un trait de mœurs nationales ; on le constate, mais en rendre compte scientifiquement est aussi malaisé que de pénétrer la raison du caractère ou des instincts naturels d'un individu. Il faut néanmoins remarquer, en fait, que le testament avait sur la succession légi-

time le précieux avantage de favoriser l'expression de volontés particulières, telles que legs, affranchissements d'esclaves ou nominations de tuteurs ; cette considération pratique ne dut pas être entièrement étrangère à la préférence des Romains.

Du principe résultent deux corollaires importants :

1° La succession légitime, essentiellement subsidiaire à la succession testamentaire, ne s'ouvre jamais qu'à défaut de testament (f. 39, *Dig.*, 29-2).

2° Il n'y a pas de concours possible entre les deux successions ; c'est l'adage si connu, *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* (*Inst.*, II, t. 14, p. 5).

Cette seconde règle reçoit une double application. D'abord elle proscrit le concours successif, et signifie qu'on ne saurait avoir l'un après l'autre un héritier testamentaire et un héritier légitime, ou *vice versâ ;* par conséquent, sont exclus de l'institution héréditaire le terme suspensif et toutes les modalités résolutoires. Elle proscrit ensuite le concours simultané, et signifie qu'on ne saurait avoir l'un avec l'autre un héritier testamentaire et un héritier légitime ; par conséquent est exclue de l'institution héréditaire toute désignation d'une quote-part, *ex certâ parte*, ou d'un objet déterminé, *ex certâ re*, limitative de la vocation de l'institué.

La première de ces deux applications n'a rien que de logique ; puisque les éléments constitutifs de l'hérédité, c'est-à-dire les droits réels, les droits de créance actifs ou passifs, et dans l'ancien temps les *sacra*, sont perpétuels de leur nature, il est clair que l'hérédité doit offrir le même caractère. En d'autres termes, une fois posée sur une tête, elle ne s'en peut détacher au point de vue juridique, et la qualité d'héritier est indélébile ; *semel heres, semper heres*. Mais il n'apparaît aucun motif sérieux de prohiber le partage d'une hérédité entre des héritiers légitimes et des héritiers testamentaires ; car on ne l'a jamais interdit entre cohéritiers tous *à testato* ou tous *ab intestato*, preuve que l'hérédité n'est pas indivisible.

Le testament prime donc la succession légitime et réclame de plus longues explications.

CHAPITRE XXXVIII

DÉFINITION ET CONDITIONS EXTRINSÈQUES DU TESTAMENT.

(*Inst.*, II, t. X.)

450. Le testament est un acte solennel, qui contient une institution d'héritier, porte sur tout le patrimoine, et ne doit produire effet qu'après la mort de son auteur.

Cette définition met en relief les quatre éléments essentiels du testament, destinés à ressortir nettement de tous les détails ultérieurs. Elle résume et complète des textes divers, dont chacun ne contient, pris à part, que des fractions de vérité (*Inst.* pr., *hic ; Ulpien*, XX, 1 ; f. 1, *Dig.*, 28-1).

Puisque le testament est un acte solennel, il faut indiquer avant tout les formes qui lui sont imposées.

§ I

Formes proprement dites.

La loi romaine, sur la manière de tester, a traversé trois phases bien distinctes.

451. **Droit ancien.** — Le testament se fit d'abord, soit *calatis comitiis*, soit *in procinctu*, soit *per æs et libram*.

1° *Calatis comitiis.* — Dans la première forme, les comices par curies, en présence des pontifes, étaient appelés à consacrer la volonté du testateur. Leur mission dut être probablement, à l'origine, d'en approuver ou d'en rejeter les dispositions. Mais ils n'intervinrent plus qu'à titre de témoins et pour la solennité de l'acte, du jour où la loi des Douze Tables eut posé le célèbre principe de la souveraineté du père de famille en matière testamentaire, *uti legâssit rei suæ, ità jus esto*. On les convoquait à cet effet deux fois par an, *calare comitia*.

2° *In procinctu.* — On testait *in procinctu* par une déclaration faite à haute voix, devant l'armée, avant d'aller au combat ; car on appelle *procinctus* la troupe équipée et prête à marcher. Ce procédé fut imaginé sans doute dans la seconde période du testament *cala-*

tis comitiis; l'armée ne pouvait, en effet, remplacer les comices que dans un rôle passif de témoin.

3° Per æs et libram *dans sa première phase.* — Ces deux manières de tester avaient le grave inconvénient de n'être possibles qu'en des circonstances et des époques déterminées.

On y substitua le testament *per æs et libram*, qui n'exigea plus l'intervention réelle du peuple ou de l'armée. Avec le ministère d'un *libripens* ou porte-balances, et devant cinq témoins qui représentent les cinq classes de citoyens, le testateur mancipe son hérédité à l'institué ; ce dernier est un acquéreur, sous le nom de *familiæ emptor*, et des pactes adjoints lui imposent les legs ou les autres dispositions accessoires. Bref on retrouve ici la cérémonie ordinaire de la mancipation, appliquée à la transmission du patrimoine, comme elle s'appliquait quotidiennement au transfert des droits réels, et même, dans ces temps primitifs, à la création ou à l'extinction des droits de créance.

Les testaments *calatis comitiis vel in procinctu* étaient donc des actes publics, au contraire du testament *per æs et libram*, acte véritablement privé, plus commode et sans doute plus fréquent. Mais ils offraient tous le double danger de n'être ni secrets ni révocables à volonté ; car il fallait probablement une loi pour détruire les deux premiers, et certainement, pour effacer le troisième, une remancipation faite par le *familiæ emptor* au testateur.

452. **Droit classique.** — 4° Per æs et libram *dans sa deuxième phase.* — Aussi le testament *per æs et libram* se transforme-t-il gravement au fond. Il comporte désormais un écrit où les dispositions du testateur sont rédigées, soit de sa main, soit par un tiers autre que l'institué. Ces *tabulæ testamenti*, sans valeur propre, reçoivent leur force juridique d'une mancipation où le rôle de *familiæ emptor* n'appartient plus à l'héritier, et d'une *nuncupatio* qui constitue la partie essentielle de l'opération ; c'est une formule solennelle dont use le testateur pour déclarer, en présence du *familiæ emptor*, du *libripens* et des cinq témoins, que ses dernières volontés sont contenues dans l'écrit qu'il tient à la main. Lui seul les connaît donc, et reste maître, en gardant cet écrit, de les cacher ou de les anéantir (*Gaïus*, II, 103-104).

5° *Testament nuncupatif.* — La mancipation n'était plus, dans ce nouveau système, qu'une cérémonie superflue, étrangère à l'essence de l'acte et fondée sur une servile routine. Le droit civil en

vint facilement à consacrer un autre testament qu'on appelle nuncupatif, et qui se fait par une déclaration orale en présence de sept témoins (f. 21, *Dig.*, 28-1 ; C. 2, *Cod.*, 6-11).

Testament prétorien. — Le préteur admit de son côté comme valable le testament écrit et présenté à sept témoins, qui apposaient leur cachet sur l'acte, et le signaient de leur nom à l'extérieur. Du reste, ce procédé ne créait pas un *heres* ou véritable héritier civil, mais un *bonorum possessor secundùm tabulas ;* on approfondira plus loin la différence entre eux (*Gaïus*, II, 119).

On avait atteint ces résultats en reconnaissant le vrai caractère du *familiæ emptor* et du *libripens* dans l'inutile mancipation de cette deuxième période. Ils n'étaient plus que des témoins sous des noms techniques, et s'ajoutèrent désormais aux cinq autres en cette seule qualité. De la vieille enveloppe disparue s'était dégagé le seul élément constitutif de l'acte testamentaire, la parole ou l'écrit.

453. **Droit du Bas-Empire.** — *Testamentum tripertitum.* — Le testament nuncupatif fut toujours maintenu. Mais en outre, depuis une constitution de Théodose le Jeune, on pratiqua un testament écrit, qui s'appelle *tripertitum*, parce qu'il emprunte ses règles à trois sources différentes. Par application du droit civil, il doit être fait *uno contextu*, c'est-à-dire d'un seul trait, et devant des témoins réunis exprès. En conformité du droit prétorien, il requiert le nombre de sept témoins, leur cachet et signature à l'extérieur de l'acte, *signatio* et *adscriptio*. Enfin, et c'est ici la formalité nouvelle, le testament nécessite à l'intérieur la signature du testateur et de chaque témoin, *subscriptio;* Justinien veut aussi que le nom de l'héritier soit écrit de la main du testateur ou d'un témoin (f. 21, p. 2, *Dig.*, 28-1 ; C. 21, *Cod.*, 6-23 ; *Inst.*, p. 3, 4, 14, *hic*).

La loi romaine, dans ces trois phases, présente donc sept formes de testament, *calatis comitiis*, *in procinctu*, *per æs et libram* sous deux aspects divers, prétorien, nuncupatif, tripartite.

§ II

Des témoins.

454. En thèse générale, peuvent être témoins d'un testament ceux qui pourraient y avoir le rôle d'héritier (*infrà*, n° 464).

Incapacité absolue. — Conformément à cette règle, sont absolu-

ment incapables de figurer en qualité de témoin dans aucun testament : 1° le pérégrin, s'il n'a obtenu le *jus commercii;* 2° l'esclave sans maître, ou dont le maître n'a pas la *factio testamenti* avec le testateur. Par exception à la règle, cette même incapacité absolue pèse sur : 1° les femmes; 2° les impubères ; 3° les prodigues interdits ; 4° les fous, les muets ou les sourds ; 5° les esclaves d'un maître capable ; 6° les *intestabiles*, c'est-à-dire certains condamnés.

Le testateur n'est donc maître, en définitive, de choisir des témoins qu'entre les citoyens romains, mâles, pubères, investis du plein exercice de tous leurs droits (*Inst.*, p. 6, *hic*).

Incapacité relative. — Sont atteints d'une incapacité relative, c'est-à-dire restreinte à tel cas donné : 1° le fils *in potestate testatoris ;* 2° les personnes rattachées par un lien de puissance au *familiæ emptor*, en d'autres termes, son père, son fils, son frère ; cette décision n'eut plus d'autre raison d'être que l'habitude, du jour où le *familiæ emptor*, distinct du véritable héritier, perdit tout intérêt au testament ; 3° l'institué et ceux qui lui sont unis par la puissance paternelle; Justinien rend obligatoire sur ce point la doctrine proposée dans les écrits des jurisconsultes et probablement suivie dans la pratique (*Gaïus*, II, 105, 106, 108 ; f. 20, *Dig.*, 28-1 ; *Inst.*, p. 9, 10, *hic*).

Règles générales. — Les témoins peuvent d'ailleurs se trouver reliés entre eux par la *patria potestas*, comme un père et son fils ou deux frères, et même avoir dans le testament la qualité de légataires ou de fidéicommissaires (*Inst.*, p. 8, 11, *hic*).

Les témoins devaient être capables au moment même de la confection du testament, et devenaient impunément incapables par la suite. L'incapacité d'un témoin était une cause de nullité, à moins que tout le monde ne l'ignorât actuellement ; c'est l'adage *error communis facit jus* (f. 22, p. 1, *Dig.*, 28-1 ; *Inst.*, p. 7, *hic*).

A l'époque classique, la même capacité était requise du *libripens* ou du *familiæ emptor* que du témoin (*Ulp.*, XX, 3, 7, 8 ; *Gaïus*, II, 107).

§ III

De l'institution d'héritier.

455. L'institution est la désignation de celui ou de ceux que le testateur veut pour héritiers. Toutes les autres dispositions introduites dans le testament, c'est-à-dire les legs, les affranchisse-

ments, les nominations de tuteurs, ne sont qu'accessoires et facultatives; mais l'institution est absolument essentielle. Sans institution, pas de testament; *institutio totius testamenti caput et fundamentum*. En effet, les autres parties du testament se bornent à modifier la situation de l'héritier, mais c'est l'institution qui le crée.

Formules de l'institution. — Aussi l'ancien droit, conforme aux premiers temps où le testament constituait une loi véritable, exigeait-il pour l'institution une formule impérative et sacramentelle; on ne put longtemps désigner son héritier qu'en ces termes: *Titius heres esto*. Il fut ensuite permis d'employer les deux locutions : *Titium heredem esse jubeo, Titius heres sit ;* on rejetait comme non avenues les formes *Titium heredem instituo* ou *facio*. Mais les jurisconsultes classiques, ennemis de ces rigueurs, tinrent pour suffisantes les expressions déduites des précédentes par abréviation, et, vers l'année 339 de notre ère, les fils de Constantin autorisèrent le testateur à déclarer sa volonté en termes quelconques (*Gaïus*, II, 107; *Ulpien*, XXI; C. 15, *Cod.*, 6-23).

Place de l'institution. — Jusqu'à la période finale, l'institution dut précéder dans le testament toutes les dispositions qui contenaient une *delibatio hereditatis*, c'est-à-dire une charge pour l'institué; étaient nulles celles qui la suivaient. On soumettait notamment à cette règle les affranchissements et legs, mais non la *datio tutoris*. Justinien se contenta de l'existence d'une institution d'héritier, sans lui assigner une place immuable (*Gaïus*, II, 229 et *seq.*, *Inst.*, I, t. XIV, p. 3; II, t. XX, p. 34; C. 24, *Cod.*, 6-23).

§ IV

Modalités de l'institution d'héritier.

456. L'institution d'héritier est le plus souvent pure et simple. Elle ne supporte d'ailleurs aucune modalité résolutoire, *dies ad quem* ni *conditio ad quam;* on tiendrait pour inexistante et non écrite celle que le testateur y aurait apposée. Ce n'est là qu'une application de la règle déjà signalée que le titre d'héritier, une fois acquis, reste ineffaçable : *semel heres, semper heres* (*suprà*, n° 449; *Inst.*, p. 9, *hic*).

Dies certus **suspensif.** — Parmi les modalités suspensives, la même règle amenait à considérer comme non avenu le *dies certus à quo*. En effet, si l'on admettait une institution *ex die*, il faudrait

jusqu'à l'échéance du terme attribuer les biens à l'héritier légitime, puis, le terme échu, les transporter à l'héritier testamentaire ; ce résultat serait contraire à l'axiome *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*. De même qu'en présence du terme et de la condition résolutoires, on a bien dû se prononcer dans ce cas entre la nullité de l'institution et la suppression de la modalité ; les Romains, toujours empressés à conserver la succession testamentaire, ne pouvaient hésiter à prendre ce dernier parti (*Inst.*, p. 9, *hic*).

457. **Condition et *dies incertus* suspensifs.** — A l'exclusion des précédentes, restent donc permises deux modalités suspensives, la condition *ex quâ* et le *dies incertus à quo ;* une analyse exacte rend aisément compte de cette faculté :

1° *Titius heres esto, si navis ex Asiâ venerit.* Ici la condition suspensive tient également dans l'incertitude la vocation de l'héritier légitime, subordonnée à l'inaccomplissement, et la vocation de l'héritier testamentaire, subordonnée à l'accomplissement. Ni l'un ni l'autre de ces deux successibles ne peut donc faire adition de l'hérédité *pendente conditione ;* l'événement seul ouvrira le droit du premier ou du second, et l'exécution fidèle de la volonté du testateur n'aura pas abouti à l'attribution successive de l'hérédité *ab intestato* et de l'hérédité *à testato* (*Inst.*, p. 9, *hic*).

2° *Titius heres esto, quùm Mævius morietur.* — Ici le terme, par le seul fait qu'il est incertain, joue le même rôle qu'une condition suspensive. En effet, puisqu'on ne connaît pas la date de l'échéance, elle peut survenir à chaque instant ; une égale indécision plane sur le droit de l'héritier légitime et sur le droit de l'héritier testamentaire. Dès lors on ne saurait admettre le premier à réclamer, en attendant, les biens héréditaires, et, le terme une fois venu, le second prendra la succession, sans que nulle infraction ait été faite à la règle *nemo partim.*

La *conditio ex quâ* et le *dies incertus à quo* remplissent par conséquent des fonctions exactement pareilles dans les testaments ; de là le principe *dies incertus in testamento conditionem facit* (f. 75, *Dig.*, 35-1).

458. **Effets spéciaux de la condition suspensive dans les testaments.** — Sur ces bases, il faut préciser par trois remarques générales l'effet de la condition suspensive dans les institutions d'héritiers :

1° Toute condition de donner ou de faire, imposée à l'héritier et qui nécessite le concours d'un tiers, est tenue pour accomplie,

lorsque le refus du tiers la fait défaillir. Si Titius, par exemple, est institué sous la condition d'épouser Seïa, et que celle-ci ne veuille pas s'y prêter, il a droit à la succession. Mais le décès de Titius, ou de Seïa, ou tout autre cas fortuit qui empêcherait le mariage, amènerait défaillance de la condition. C'est que les dispositions testamentaires s'apprécient d'après l'intention du testateur, et qu'on ne lui suppose pas la volonté d'abandonner à l'arbitraire du tiers le sort de l'institution dont il a gratifié l'héritier (f. 3; f. 11, *Dig.*, 28-7 ; f. 31, *Dig.*, 35-1).

2° L'héritier institué sous une condition négative qui dépend de sa volonté, peut la réputer accomplie et faire adition immédiatement, pourvu qu'il fournisse la caution Mucienne. On désigne de ce nom l'engagement qu'il prend *cum satisdatione*, envers l'intéressé qui est le plus souvent son cohéritier testamentaire ou l'héritier légitime, de lui restituer l'hérédité, s'il contrevient à la volonté du testateur, c'est-à-dire en cas de défaillance de la condition. La caution Mucienne était réellement indispensable, dans toutes les hypothèses où la condition négative devait, de sa nature, rester en suspens jusqu'à la mort de l'institué. Par exemple, *Titius heres esto, si non ascenderit in Capitolium ;* ce n'est qu'à la mort de Titius que la condition ne sera plus susceptible de défaillir. Or le droit de faire adition, absolument personnel à l'institué, ne passe pas à ses héritiers ; donc, à défaut de la caution Mucienne, la succession ne pourrait entrer dans le patrimoine de Titius, ni de son vivant ni après sa mort, et la condition serait absurde. En dehors de cette nécessité absolue, les jurisconsultes attribuent vraisemblablement à la caution Mucienne quelques autres applications de simple utilité (f. 7 ; f. 18 ; f. 67, *Dig.*, 35-1).

3° A la différence de ce qui se passe dans les obligations conditionnelles, la condition apposée à l'institution d'héritier n'a pas d'effet rétroactif. En conséquence, pour s'accomplir utilement, elle doit, lors de son accomplissement, trouver l'institué encore vivant et capable. De plus, si l'institué est *alieni juris*, c'est au jour de la condition accomplie qu'on se place pour savoir qui profite de l'institution : l'esclave ou le fils de famille a-t-il changé de *paterfamilias*, c'est le nouveau maître ou père qui prendra la succession par son intermédiaire ; l'esclave ou le fils de famille est-il devenu *sui juris*, c'est lui-même qui la recueillera. La condition ne saurait ici rétroagir, parce que toute disposition testamentaire est faite *in*-

tuitu personæ, c'est-à-dire dans un esprit de bienveillance pour une personne déterminée ; le testateur n'a voulu gratifier qu'elle, non pas ses ayants cause (*Inst.*, II, t. XIX, p. 4).

Ces trois dérogations au droit général des conditions se sont étendues, comme on le verra, de l'institution d'héritier aux legs et autres libéralités testamentaires.

459. **Effets spéciaux de la condition impossible dans les testaments.** — Il en faut dire autant d'une dernière règle, dont l'importance est capitale. Si le testament comporte en général des conditions suspensives, il en est néanmoins qu'il repousse.

Les conditions physiquement impossibles, c'est-à-dire contraires à la nature, et les conditions juridiquement impossibles, c'est-à-dire contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, sont réputées non écrites dans l'institution d'héritier, et conséquemment la laissent pure et simple. On doit en cette matière apprécier l'immoralité d'après les idées romaines, et noter que bien des conditions physiquement impossibles pour la civilisation antique ont cessé de l'être dans le monde moderne.

Or ces deux espèces de conditions, jointes à un contrat ou à tout autre acte entre-vifs, n'y sont pas réputées non écrites, et l'annulent au contraire (*suprà*, n° 289). Pourquoi n'entraînent-elles pas également la chute de l'institution ? La seule explication plausible de cette curieuse différence est dans la prédilection marquée des Romains pour la succession testamentaire. Ils présument que le testateur, mis dans l'alternative de supprimer la condition ou de mourir intestat, aurait supprimé la condition ; ils le font comme il l'eût fait lui-même, pour sauver le testament. Cette doctrine était acceptée sans discussion par les Proculiens et les Sabiniens, à l'égard de l'institution d'héritier. Les premiers combattaient seulement l'extension de ce droit exceptionnel aux autres dispositions testamentaires, notamment aux *manumissiones*, legs et fidéicommis, que ne protégeait pas la même raison. L'opinion sabinienne prévalut sur la fin de l'époque classique, et Justinien ne mentionne plus de controverse ; on avait cédé à l'habitude d'établir une parenté générale de règles entre l'institution d'héritier et les autres dispositions testamentaires, et de les entendre toutes dans un sens favorable au gratifié (f. 20, *Dig.*, 28-7 ; f. 6, p. 1 ; f. 3, *Dig.*, 35-1 ; *Gaïus*, III, 98 ; *Inst.*, p. 10, *hìc*).

Cette théorie célèbre reçoit d'ailleurs d'assez graves atteintes

dans la pratique. Tout d'abord, en présence de conditions physiquement ou moralement impossibles, le juge peut, de fait, prononcer la nullité du testament pour démence du testateur, ou parce que sa volonté n'a pas été sérieuse. De plus, il en est même qui rendent l'institution nulle dans tous les cas ; ce sont : 1° les *conditiones perplexæ*, c'est-à-dire contradictoires, par exemple : *Titius heres esto, si Seius heres fuerit ; Seius heres esto, si Titius heres fuerit ;* 2° les *conditiones captatoriæ*, c'est-à-dire qui tendent à provoquer en retour une autre institution, au profit du testateur ou d'un tiers ; par exemple : *Titius heres esto, si me* ou *si Mævium instituerit;* 3° les conditions purement potestatives de la part d'un tiers, par exemple : *Titius heres esto, si Mævius voluerit* (f. 27, *Dig.*, 28-7 ; f. 4, p. 1, *Dig.*, 40-7 ; f. 16, *Dig.*, 28-7 ; C. 11, *Cod.*, 6-21 ; f. 32 ; f. 68, *Dig.*, 28-5).

CHAPITRE XXXIX

CAPACITÉ DU TESTATEUR.

(*Inst.*, II, t. XII.)

460. Dans la loi romaine, la capacité de tester n'est pas un corollaire de la propriété ; on ne peut l'avoir sans être propriétaire, mais on peut être propriétaire sans l'avoir.

La capacité de tester se trouve ordinairement désignée, dans les textes, sous le nom de *factio testamenti;* les interprètes ajoutent *activa*. Elle impliquait sans contredit, à l'origine, la possibilité de figurer dans les comices, et devait manquer par conséquent aux pérégrins, aux femmes, aux impubères, probablement de même aux sourds et aux muets.

Pour l'époque des grands jurisconsultes et de Justinien, il importe de distinguer dans la *factio testamenti* active deux éléments, qui sont la jouissance abstraite et l'application concrète de la faculté de tester, ou, pour mieux dire, le droit lui-même et l'exercice du droit. Le second présuppose le premier, tandis que la réciproque n'est pas vraie.

461. Droit de tester. — Pour avoir le droit de tester, il faut être libre, citoyen, et *sui juris*.

Il faut être libre et citoyen ; car le testament appartient par essence au *jus civile*, et suppose la plénitude du *commercium*. Il

faut être *sui juris;* car on ne saurait avoir de testament, si l'on n'a pas de patrimoine.

Personnes qui en sont dépourvues. — Sont en conséquence dépourvus du droit de tester :

1° Tous les individus *alieni juris*, esclaves, fils de famille, individus *in manu* ou *in mancipio*. L'ordre ou la permission du *paterfamiliâs* ne les habiliterait pas à faire un testament, bien qu'il puisse leur rendre possible une aliénation ordinaire; c'est que le droit de tester est d'ordre public, *factio testamenti est non privati, sed publici juris* (*Inst.* pr., *hìc;* f. 3; f. 6, *Dig.*, 28-1).

Par exception, les esclaves publics, *servi publici populi romani*, étaient admis à tester pour la moitié de leurs biens (*Ulpien*, XX, 17).

Adrien ou Marc-Aurèle concéda au fils de famille la *factio testamenti* pour son *peculium castrense*. La même faculté fut étendue par Justinien au *peculium quasi castrense*, mais ne s'appliqua jamais au pécule adventice (*Ulpien*, XX, 10; *Inst.* pr., p. 6, *hìc*).

2° Les pérégrins, les affranchis déditices et les Latins juniens. Il va sans dire que les pérégrins qui ne sont pas *sine civitate* peuvent tester suivant le droit de leur cité. Quant aux Latins juniens, investis du *commercium* en principe, ils jouaient valablement le rôle de *libripens*, de *familiæ emptor* ou de témoins dans le testament d'autrui, et ne manquaient de la capacité de tester qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi Junia Norbana (*Ulpien*, XX, 8, 14, 15).

3° En dehors de ces principes, certains individus sont déclarés incapables de tester par des lois spéciales. Tels sont les condamnés pour adultère, concussion, diffamation, et, sous les empereurs chrétiens, les apostats, ainsi que plusieurs sectes d'hérétiques. Ces personnes déchues sont appelées *intestabiles* (f. 14, 15, *Dig.*, 22-5; f. 18, p. 1, *Dig.*, 28-1; C. 3, *Cod.*, 1-7; C. 4, *Cod.*, 1-5).

Certitude qui doit s'y ajouter. — Du reste, il ne suffit pas que le testateur soit capable; sa capacité doit, en outre, lui être connue absolument et sans la moindre incertitude. Ainsi, le fils de famille devenu *sui juris* par le décès de son père mort en voyage, l'esclave affranchi par le testament de son maître, ne peuvent tester valablement qu'après la connaissance acquise de l'événement qui a transformé leur condition; *de statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt* (f. 14, 15, *Dig.*, 28-1; *Ulpien*, XX, 11).

462. Exercice du droit. — Il arrive souvent que des personnes, investies du droit de tester, sont empêchées de l'exercer par des circonstances de fait. Pour avoir l'exercice de ce droit, il faut être à même d'exprimer une volonté libre et éclairée, et de prendre part aux solennités constitutives du testament. Dès lors en sont privés :

1° Les fous dans leurs moments d'aliénation, les prodigues interdits, les impubères, et dans le droit classique les femmes *sine tutoris auctoritate ;* car ces diverses personnes ne peuvent figurer en qualité d'aliénateurs dans une mancipation (*Inst.*, p. 1, *hic ; Ulpien*, XX, 12, 13, 16).

2° Les sourds, les muets, les aveugles, parce que le testament *per æs et libram* leur est matériellement inaccessible. Car les sourds n'entendraient pas les paroles prononcées par le *familiæ emptor ;* les muets ne sauraient prononcer les paroles de la *nuncupatio testamenti;* les aveugles ne seraient pas en mesure de vérifier l'acte présenté par eux aux témoins. De plus, l'impuissance où se trouvaient les sourds et les muets d'entendre ou de requérir les témoins, les empêchait aussi de tester dans la forme prétorienne. Ces divers obstacles ont été levés.

En effet, les aveugles eurent toujours la faculté de faire un testament nuncupatif ; l'empereur Justin le soumit seulement à des formalités additionnelles qui rendirent la fraude difficile. Leur testament dut être écrit ou lu à haute voix, en présence de l'aveugle assisté des sept témoins habituels, soit par un *tabularius*, soit par un huitième témoin dans les localités où manquait cet officier (*Paul*, III, t. IV^{a}, p. 4; C. 8, *Cod.*, 6-22; *Inst.*, p. 4, *hic*).

D'après une décision de Justinien, le sourd est admis à tester comme le premier venu ; le muet et le sourd-muet qui savent écrire reçoivent la même autorisation. L'exercice du droit n'est donc refusé qu'aux sourds-muets de naissance, et cette privation revêt à leur égard toutes les apparences d'une véritable incapacité (C. 10, *Cod.*, 6-22 ; *Inst.*, p. 3, *hic*).

463. Corrélation de ces deux éléments. — Le droit de tester doit exister, dans la personne du testateur, au moment de la confection du testament, et se maintenir jusqu'au décès. Toutes les fois que le testateur, par une *capitis deminutio*, cesse d'être libre, citoyen ou *sui juris*, le testament cesse d'être valable aux yeux de la loi civile.

Au contraire, l'exercice du droit n'est indispensable qu'au moment de la confection de l'acte. Une fois l'œuvre faite, le testateur peut impunément devenir fou, interdit, sourd ou muet. Pourvu que le droit lui soit resté, la perte de l'exercice du droit n'a pas plus d'effet sur le testament que n'en aurait une simple maladie.

Testament du captif. — Le jeu de ces principes se montre nettement dans une hypothèse célèbre. Le testateur tombe en captivité chez l'ennemi; d'après la règle, le testament devrait s'évanouir. Mais de deux choses l'une. Ou le captif revient, et dans ce cas la fiction du *jus postliminii* efface rétroactivement son esclavage. Ou le captif meurt *apud hostes,* et dans ce cas la fiction de la loi Cornélia *de falsis* (an de Rome 673) le répute mort à l'instant même où la liberté lui était ravie. Dans l'une et l'autre hypothèse, il n'a pas subi de *capitis deminutio,* et son testament reste debout.

Si l'on suppose maintenant que le captif ait testé chez l'ennemi, le testament sera nul, comme le serait un acte quelconque. Car le *postliminium* ne peut supprimer les faits accomplis, et le fait, c'est que le testateur manquait de l'exercice du droit de tester, au moment de sa vaine tentative (f. 8, *Dig.,* 28-1; f. 10; f. 18, *Dig.*, 49-15; *Ulpien*, XXIII, 5; *Inst.*, p. 5, *hic*).

CHAPITRE XL

CAPACITÉ DE L'INSTITUÉ.

(*Inst.*, II, t. XIV.)

La capacité d'être institué, comprise par les Romains dans la locution unique de *factio testamenti*, a reçu des commentateurs la qualification de *passiva.* Elle n'est pas connexe à la capacité de tester, et s'en trouve parfois séparée.

Pour la période antérieure à Justinien, on doit bien distinguer la *factio testamenti* passive et le *jus capiendi;* l'une est le droit d'avoir le titre d'héritier dans un testament valable; l'autre est la faculté de recueillir en fait le bénéfice d'une disposition testamentaire. La première peut exister sans le second, tandis que le second ne peut exister sans la première.

§ I

Factio testamenti passive.

464. Tant que le rôle de *familiæ emptor* fut réservé à l'héritier dans le testament *per æs et libram*, la capacité d'être institué se confondit avec la capacité d'acquérir pour soi-même ou pour autrui par la mancipation. Mais la législation postérieure adoucit les rigueurs de cette règle, en admettant à l'institution d'héritier certaines personnes que la logique en eût exclues, notamment les *infantes*, les fous, les sourds, les muets, les captifs, les esclaves du testateur.

Droit classique. — A l'époque classique, le principe qu'on n'a pas la *factio testamenti* passive, si l'on n'est capable d'acquérir par la mancipation, n'atteint plus que :

1° Les esclaves sans maître, ou dont le maître manque lui-même de la *factio testamenti* avec le testateur ; car l'esclave n'exerce jamais qu'une capacité d'emprunt (f. 31, *Dig.*, 28-5) ;

2° Les pérégrins, lorsqu'ils n'ont pas obtenu le *jus commercii* (*Ulpien*, XXII, 2);

3° Les personnes incertaines. On entend par *incertæ personæ*, non pas celles que le testateur n'a jamais vues, mais celles dont il ne peut avoir une idée nette, par exemple, *qui primus ad funus meum venerit*, etc. Les plus importantes des *incertæ personæ* étaient les *personnes morales* et les *postumes*, c'est-à-dire les individus nés après la mort du testateur, ou dans l'intervalle entre sa mort et la confection du testament. On verra bientôt que le droit civil lui-même permit l'institution d'une catégorie de *postumes* connus sous le nom de *postumi sui*. En outre, parmi les personnes morales, les municipes acquirent la capacité relative d'être institués par leurs affranchis, et la capacité absolue fut même accordée à quelques cités ou colonies, ainsi qu'à plusieurs divinités (*Ulpien*, XXII, 5 6 ; f. 30, *Dig.*, 28-6);

4° Enfin, dans un ordre d'idées indépendant du principe, la célèbre loi Voconia, de l'an de Rome 585 ou 586, prohibait l'institution d'une femme, fût-elle la fille du testateur, par toute personne inscrite dans la première des cinq classes de Servius Tullius, c'est-à-dire portée sur les registres du cens pour une fortune égale ou supérieure à cent mille as (*Gaïus*, II, 274).

Droit de Justinien. — Cette loi, hostile à l'enrichissement des femmes, tomba vite en désuétude et disparut sans abrogation expresse. La *factio testamenti*, accordée aux *postumi sui* par le droit civil, fut indirectement étendue par le préteur aux autres postumes. L'empereur Léon permit, en 469, l'institution d'une cité quelconque. Pour les églises et les établissements religieux du christianisme, Constantin et ses successeurs ne leur contestèrent jamais la capacité. Enfin, par une mesure générale qui couronna ces innovations partielles, Justinien lui-même déclara capables toutes les personnes incertaines sans distinction (*Inst.*, III, t. IX pr.; C. 12, *Cod.*, 6-24; C. 1, 26, *Cod.*, 1-2).

La *factio testamenti* n'est donc plus refusée, sous Justinien, qu'aux deux premières catégories d'incapables précédemment indiquées. En sont aussi privés, par déchéance pénale : 1° les apostats et les hérétiques; 2° la veuve qui s'est remariée avant le laps d'une année; 3° les enfants du condamné pour lèse-majesté; 4° les ascendants et descendants incestueux entre eux, etc. (C. 4, *Cod.*, 1-5; C. 3, *Cod.*, 1-7; C. 1, *Cod.*, 5-9; C. 6, *Cod.*, 5-5; C. 5, p. 1, *Cod.*, 9-8).

§ II

Règles propres à l'institution des esclaves.

L'institution peut s'adresser à l'esclave du testateur comme à l'esclave d'autrui.

465. **Esclaves du testateur.** — On appelle *servus proprius* l'esclave dont la propriété ou la nue propriété appartient au testateur.

Conditions de leur institution. — Dans le droit classique, un esclave n'était valablement institué par son maître qu'à la condition d'acquérir après l'affranchissement la *civitas* ou la *latinitas*. Car s'il devait rester déditice, il n'avait pas la *factio testamenti*, et l'on verra même que la capacité du Latin junien n'était pas entière. Sous Justinien, la suppression des Latins et des déditices fait disparaître cette exigence (*Ulpien*, XXII, 8).

Mais, à toutes les époques, l'affranchissement de l'esclave fut la condition fondamentale de son institution par le maître. Le droit antérieur à Justinien ne connaissait pas de *manumissio* tacite, et faisait un devoir au testateur de léguer expressément la liberté au *servus*, sous peine de nullité du testament. Ce prince, plus raison-

nable et plus humain, abrogea formellement cette règle gênante, et considéra la volonté d'affranchir comme démontrée par le seul fait d'une institution qui ne pouvait s'en passer. Dès lors, on institue valablement tout esclave qu'on a la faculté de libérer (*Gaïus*, II, 186, 187 ; *Inst.* pr., p. 2, *hic*).

Du reste, la loi romaine a toujours exigé que l'affranchissement de l'esclave par le testateur fût permis au moment même du testament. Si donc une raison de droit quelconque y fait obstacle, l'institution reste nulle (*Inst.* pr., *hic*).

Effets de leur institution. — Quelle est enfin la situation juridique du *servus proprius* valablement institué ? Qu'on suppose d'abord l'institution et la manumission pures et simples. Dans ce cas, lorsque l'esclave est resté sous la puissance du testateur jusqu'au décès, il devient libre immédiatement, et du même coup acquiert l'hérédité comme héritier nécessaire, c'est-à-dire de plein droit et sans acceptation. Si l'esclave a été affranchi ou aliéné avant le décès du testateur, il a la qualité d'héritier externe, et le choix entre l'acceptation et la répudiation de l'hérédité dépend de sa volonté d'homme libre, ou de l'ordre de son nouveau maître.

L'institution et la *manumissio* peuvent dépendre l'une et l'autre d'une condition suspensive. En la supposant accomplie au jour de la mort du testateur, on retrouvera les résultats précédents ; dans l'hypothèse contraire, ils demeurent incertains jusqu'à l'événement qui réalise ou fait défaillir la condition.

Circonstances spéciales. — Il faut aussi prévoir deux ordres particuliers de dispositions. 1° L'institution est pure et simple, et l'affranchissement conditionnel. Alors, si l'esclave reste dans la même situation, *in eâdem causâ*, l'hérédité ne lui sera déférée qu'à l'accomplissement de la condition. Quand le maître l'affranchit ou l'aliène, on subdivise la question. N'est-ce qu'après la condition défaillie, l'institution disparaît définitivement ; est-ce *pendente conditione*, l'institution subsistera malgré la défaillance ultérieure de la condition (f. 28, p. 2-3, *Dig.*, 28-5).

2° L'affranchissement est pur et simple, et l'institution conditionnelle. Si le testateur décède *pendente adhùc conditione*, l'esclave n'acquiert pas immédiatement la liberté. La condition s'accomplit-elle plus tard, il deviendra tout ensemble libre et héritier nécessaire. Vient-elle à défaillir, l'esclave n'aura pas la succession ; mais il sera libre, pourvu que le testament contienne une autre

institution efficace. L'objet de la loi romaine est donc évident; elle veut imposer autant que possible au *servus* institué la qualité de *necessarius heres* (f. 21, p. 2 ; f. 22, *Dig.*, 28-5).

466. **Esclaves d'autrui.** — Pour le *servus alienus*, la règle est simple ; on ne peut instituer que l'esclave dont on pourrait instituer le maître (*Ulpien*, XXII, 9).

La chance de recueillir l'hérédité suit la propriété de l'esclave. S'il est libre au moment de l'adition, il acquiert pour lui-même. S'il est encore en esclavage sous le même maître ou sous un maître nouveau, il n'acquiert que par l'ordre et pour le compte de son propriétaire actuel (*Inst.*, p. 1, *hic*).

Dans l'hypothèse où le *servus alienus* institué se trouve sous la puissance du testateur, au jour du décès, l'institution s'évanouit. Car l'esclave ne saurait acquérir, ni pour un maître qu'il n'a plus, ni pour lui-même, puisque la liberté n'a pu lui être donnée directement par un testateur qui ne l'avait pas *in dominio* au jour du testament (*Ulpien*, I, 23 ; f. 49, *Dig.*, 28-5).

Comme les biens d'un captif deviennent *res nullius*, l'application rigoureuse des principes empêcherait d'instituer son esclave. Mais on recourt, pour valider une institution de ce genre, à l'une ou l'autre des deux fictions du *postliminium* et de la loi *Cornélia* (f. 32, p. 1, *Dig.*, 28-5 ; *suprà*, n° 463).

L'esclave commun de plusieurs maîtres est régulièrement institué du chef de ceux de ses *codomini* qui avaient *factio testamenti* avec le testateur. Le bénéfice et les charges de l'hérédité se partagent alors, entre les copropriétaires qui lui ont donné l'ordre de faire adition, proportionnellement à leurs parts respectives dans la propriété du *servus*. Comment résoudre l'hypothèse où le testateur est lui-même un des maîtres de l'esclave? Quand il l'institue en lui conférant la liberté, ou même *sine libertate*, l'esclave devient libre et *necessarius heres,* sous la réserve d'une indemnité à payer aux *codomini* dépouillés ; c'est la doctrine nouvelle de Justinien. Au temps classique, la liberté et la succession n'étaient ainsi procurées à l'esclave que dans les cas où le testateur se trouvait, lors du décès, seul maître du *servus* qu'il avait institué *cum libertate ;* dans toute autre circonstance, l'esclave appartenait aux autres copropriétaires, et leur acquérait l'hérédité (*Ulpien*, XXII, 7, 10; f. 6, p. 3, *Dig.*, 28-5 ; *Inst.*, p. 3, *hic*).

Il semble enfin qu'un esclave héréditaire ne puisse pas être ins-

titué ; compris dans une succession qui n'appartient plus au défunt, et qui n appartient pas encore à l'héritier, il n'a donc pas de maître. Mais pour éviter les nombreux embarras de cette vacance, une fiction célèbre prolonge, jusqu'à l'instant de l'adition, la vie et le domaine du *de cujus ;* en d'autres termes, l'hérédité jacente représente la personne du mort, *hereditas personam defuncti sustinet*. Par conséquent, la capacité de l'esclave héréditaire est empruntée à son ancien maître décédé. Quiconque pouvait instituer ce dernier peut instituer le *servus hereditarius*, dans l'hypothèse même où la *factio testamenti* ferait défaut au maître futur, qui est l'héritier (f. 52, f. 64, *Dig.*, 28-5; *Inst.*, p. 2, *hic*).

§ III

Du *jus capiendi*.

467. Les personnes investies de la *factio testamenti* n'ont pas toujours le *jus capiendi*.

Sont privés du *jus capiendi* pour le tout les Latins Juniens et les célibataires, pour partie les mariés sans enfants, *orbi*. Peut-être faut-il joindre à cette énumération les *patres solitarii* et les *fœminæ probrosæ* (Suétone, *Domitien*, 8).

La différence pratique est grave entre la *factio testamenti* et le *jus capiendi*. Quand l'institué manque de la *factio testamenti* lors de la confection du testament, l'institution est nulle et le restera, quoi qu'il arrive ; l'acquisition ultérieure de la capacité n'y changerait rien. Au contraire, le *jus capiendi* n'est pas requis lors de la confection du testament. Il n'est indispensable à l'institué qu'au moment de la délation de l'hérédité, c'est-à-dire à l'époque de la mort du testateur ou de l'événement de la condition, suivant que l'institution est pure et simple ou conditionnelle. On lui donne même, pour l'acquérir utilement, un délai de cent jours à partir de cette date. Si donc j'institue une personne privée du *jus capiendi*, l'institution est actuellement valable, mais l'héritier pourra-t-il recueillir ? on ne le saura pas avant mon décès. En attendant, puisqu'il est régulier, mon testament révoquerait un testament antérieur (*Ulpien*, XVII, 1 ; XXII, 3).

De ces deux théories corrélatives, celle du *jus capiendi* paraît la plus rationnelle. Car exiger la *factio testamenti* au moment de la confection du testament, c'était méconnaître la nature même et

l'essence de cet acte, qui ne doit produire d'effet qu'après le décès de son auteur. Tout au plus cette rigueur avait-elle une raison d'être dans l'ancien droit, au temps où l'on testait par une mancipation faite à l'héritier lui-même.

Sous Justinien, le *jus capiendi* n'est plus refusé à personne, et ne constitue pas une condition distincte de la *factio testamenti*. Aussi l'Empereur confond-il volontairement ces deux expressions (*Inst.*, II, t. XIX, p. 4).

CHAPITRE XLI

MESURES PRISES POUR ASSURER L'HÉRÉDITÉ A CERTAINES PERSONNES.

468. Dans la législation des Douze Tables, rien ne limitait la liberté du testateur. Il lui suffisait d'instituer un héritier pour lui transmettre l'hérédité, et conséquemment pour en exclure tous ceux qu'il n'y appelait pas, même ses enfants : *uti legâssit rei suæ, ità jus esto*. Ainsi le voulait le principe de la puissance absolue du *paterfamiliâs*.

Le temps apporta deux graves restrictions à ce pouvoir sans contrôle.

PREMIERE SECTION

DE L'INSTITUTION OU DE L'EXHÉRÉDATION DES *sui heredes* (*Inst.*, II, t. XIII).

Une très-ancienne doctrine considérait les enfants comme copropriétaires du patrimoine paternel. La dernière conséquence de cette idée eût été de retirer au père le droit de tester; mais on n'en vint pas là. Les prudents ne lui enlevèrent pas même, de prime abord, la faculté de dépouiller ses enfants sans cause sérieuse. Il fut simplement soumis, s'il voulait les priver de sa succession, à la nécessité d'en faire une déclaration expresse. Dès lors pesa sur le père l'obligation alternative d'instituer ou d'exhéréder formellement ses enfants; cette règle n'entamait pas au fond sa liberté, mais en gênait seulement l'exercice. Elle se rattachait à la pensée qu'on peut souvent reculer devant l'aveu catégorique d'une iniquité.

Cette théorie naquit de la coutume, non d'une loi proprement dite. On en rapporte le triomphe à l'époque de Cicéron. Il faut l'étudier au triple point de vue du droit civil, du droit prétorien et du droit de Justinien.

§ I

Droit civil.

Le droit civil applique exclusivement aux *sui heredes* la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation. Encore se partagent-ils en deux classes.

469. **Héritiers siens proprement dits.** — Dans la législation primitive, il n'est nécessaire d'instituer ou d'exhéréder que les enfants investis de la qualité de *sui heredes* au moment de la confection du testament, c'est-à-dire déjà nés et soumis à la puissance immédiate du testateur, sans différence entre les enfants issus des justes noces et les enfants adoptifs, entre la *filiafamiliâs* et la femme *in manu* (*Ulpien*, XXII, 14; *Inst.*, p. 4, *hic*).

Si le père n'institue pas ou n'exhérède pas ces personnes, il commet une *omissio* ou *prœteritio*, dont les conséquences seront graves.

469 *bis*. *Formes de l'institution ou de l'exhérédation.* — On sait comment se fait l'institution. Mais de quelle façon procède-t-on à l'exhérédation des *sui heredes?* La règle n'est pas uniforme, et deux différences éclatent sur ce point entre le fils proprement dit et les filles ou petits-enfants des deux sexes :

1° Le testateur doit exhéréder son fils *nominatim*, c'est-à-dire en le désignant par son nom ou par toute autre indication strictement individuelle, comme le serait la formule *Titius filius meus exheres esto*, ou, si le fils n'a pas de frères, la simple mention *filius meus exheres esto*. Quant aux autres descendants, il est permis de les exhéréder *inter cæteros*, c'est-à-dire en faisant suivre l'institution de cette sentence vague *cæteri exheredes sunto* (*Gaïus*, II, 127-128; *Ulpien*, XXII, 20; *Inst.* pr., *hic*).

2° Tandis que l'institution ou l'exhérédation des filles et petits-enfants peut être subordonnée à toute condition de droit commun, celle du fils doit être pure et simple. On n'admet, en général, que la condition potestative de sa part. Il a paru nécessaire de maintenir plus énergiquement à l'égard du fils la nécessité d'une dé-

claration formelle et certaine de la volonté du père (f. 4; f. 86; *Dig.*, 28-5; f. 28. *Dig.*, 28-2).

La même distinction s'applique à la sanction de la *præteritio*.

469 *ter*. *Sanction de l'omission*. — S'agit-il d'un fils omis? L'omission emporte nullité immédiate et définitive du testament; c'est un principe essentiel de droit civil, que les conditions matérielles de la validité d'un acte sont requises au moment même de sa confection. A cette doctrine rigoureusement logique des Sabiniens, les Proculiens opposaient une opinion plus douce et plus raisonnable; la nullité, fondée sur l'intérêt unique du fils, n'existait à leurs yeux qu'en le supposant, lors de la mort du testateur, encore vivant et peut-être aussi capable. Mais la théorie sabinienne, déjà suivie dans la pratique au temps de Paul, est définitivement confirmée par Justinien (f. 7, *Dig.*, 28-2; *Inst.* pr., *hic*).

L'omission de descendants autres que le fils laisse le testament valable, et rend simplement l'institution réductible. La fille *præterita*, pourvu qu'elle soit capable après la mort du testateur, prend aux institués une moitié de la succession, s'ils ont la qualité de *sui heredes*, et seulement une part virile, s'ils sont *extranei*. Dans le cas où le testament institue à la fois des *sui* et des *extranei*, le droit de la fille s'applique séparément aux deux fractions de l'hérédité; on lui donne une moitié de la quote-part attribuée à tous les *extranei* ensemble, une portion virile sur le total réservé aux *sui* (*Gaïus*, II, 124; *Paul*, III, 4[b], 8; *Inst.* pr. *hic*).

Les petits-enfants omis sont traités de même façon. Ils viennent probablement par souches, *per stirpes;* en d'autres termes, on ne compte que pour un seul enfant tous ceux qui sont issus du même fils.

Cette attribution de parts aux filles et petits-enfants est désignée par Justinien sous le nom de *jus accrescendi*. Cette locution signifie que le nombre des institués est fictivement accru de la personne omise; car elle ne peut venir à la succession en qualité d'héritier légitime, à cause de la règle : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*. La conséquence pratique de cette fiction légale ne manque pas d'importance; c'est que le nouvel institué contribue à l'acquittement des legs et des autres charges testamentaires, dans une proportion correspondante à son droit (*Inst.* pr., *hic;* C. 4, *Cod.*, 6-28).

470. **Des postumes.** — Les règles précédentes amenaient la destruction fréquente des testaments, par la survenance d'un *suus heres* postérieure à leur confection. Car l'institution ou l'exhérédation, eût-il été déjà vivant et capable d'en faire l'objet lors de l'acte testamentaire, n'avait pu l'atteindre comme *suus*, puisque cette qualité lui manquait à ce moment. Il y avait *agnatio* de l'héritier sien qui naissait *testamento facto ;* il y avait *quasi-agnatio* de l'héritier sien élevé à ce titre par la mort ou l'émancipation d'un descendant qui le séparait jusqu'alors du testateur.

La jurisprudence et la loi donnèrent le moyen de prévenir en certains cas cette ruine du testament. C'est la théorie de l'institution ou de l'exhérédation des postumes et quasi-postumes.

470 *bis*. *Diverses espèces de postumes.* — On appelle ici *postumus* tout enfant qui vient à naître, soit après la mort du père, soit après la confection du testament. Tel est le sens générique du mot ; mais on distingue plusieurs classes principales de postumes ou quasi-postumes.

1° Le *postume légitime* est le descendant qui, conçu du vivant du testateur, et né après sa mort, se fût trouvé dans sa puissance immédiate, s'il avait été au monde lors de la confection du testament. Tel est, par exemple, l'enfant que met au jour la veuve du testateur, dans les dix mois de son décès. Ce descendant, à la condition de naître vivant, infligeait au testament une rupture sans remède, puisque le testateur ne pouvait plus le refaire. Les jurisconsultes réagirent contre ce principe par la coutume ; ils permirent de prévoir, en testant, l'agnation de ce postume, et de l'instituer ou de l'exhéréder, nonobstant sa qualité de personne incertaine, et quoiqu'il ne fût pas encore *suus heres*. Bref on le considérait comme vivant dores et déjà, *pro jàm nato habetur* (*Gaïus*, I, 147 ; *Ulpien*, XXII, 19 ; f. 12, *Dig.*, 28-2).

2° Le *postume Aquilien* est le descendant qui, conçu avant et né après la mort du testateur, ne se fût pas trouvé dans sa puissance immédiate, s'il avait été au monde lors de la confection du testament. Tels sont les petits-enfants et les arrière-petits-enfants, nés *sui juris* postérieurement au décès de leur aïeul ou bisaïeul, lorsque leur père et leur grand-père, prédécédés à ce dernier, étaient néanmoins en vie au temps de son testament. Une formule imaginée par le jurisconsulte Aquilius Gallus fournit au testateur le moyen d'empêcher la rupture, au moyen de l'institution ou de l'ex-

hérédation conditionnelle de cet *heres suus* éventuel (f. 29 pr. p. 1, 5, *Dig.*, 28-2).

Les postumes précédents ont pour caractère de naître après la mort du testateur. On mit plus de temps à se préoccuper d'autres héritiers siens qui survenaient de son vivant, et n'occasionnaient ainsi qu'un mal réparable ; car il restait possible, en principe, de refaire le testament. Cependant n'était-il pas à craindre que le testateur n'eût perdu l'exercice de son droit de tester ? Il fallait donc prévenir cet autre péril, et ce fut l'œuvre de la loi Junia Velléia, rendue en l'an de Rome 763 ou 799.

3° Le *postume Velléien* est le descendant, d'un degré quelconque, qui naît du vivant du testateur et sous sa puissance immédiate, après la confection du testament. Un premier chef de la loi Junia Velléia permit de l'instituer ou de l'exhéréder en testant, bien qu'il ne fût ni *suus heres* ni personne certaine au jour de l'acte (f. 29, p. 12, *Dig.*, 28-2).

4° Un second chapitre de la même loi s'occupe des *postumes quasi-Velléiens* ou *quasi-postumes ;* ce sont les petits-enfants qui, déjà nés lors du testament, mais séparés du testateur par l'intermédiaire de son fils, deviennent héritiers siens de leur aïeul encore vivant, par l'effet d'un événement, mort, émancipation ou tout autre, qui fait sortir leur père de la famille. A la différence des trois classes précédentes de postumes, on aurait pu les instituer, puisqu'ils étaient personnes certaines ; mais l'institution ou l'exhérédation, avant la loi Junia Velléia, ne les atteignait pas à titre de *sui heredes* (f. 29, p. 13, *Dig.*, 28-2 ; *Inst.*, p. 2, *hic*).

Pour embrasser dans une formule générale les exemples déjà cités et les cas analogues, est postume ou quasi-postume toute personne qui, postérieurement au testament, acquiert la qualité de *suus heres*, soit par sa naissance, soit par un fait qui retranche de sa famille un ou plusieurs ascendants intermédiaires. Sa qualité d'héritier sien entraînerait la rupture du testament, si l'on n'avait adouci la rigueur du droit civil, en permettant de l'instituer ou de l'exhéréder à l'avance comme *suus*.

470 *ter. Formes de l'institution ou de l'exhérédation.* — Les formes à suivre, pour l'institution ou l'exhérédation de cette seconde classe d'héritiers, furent d'abord empruntées aux *sui heredes* proprement dits ; on admettait la différence déjà signalée entre le fils et la fille ou petit-enfant. Mais, dès le temps d'Ulpien, les postumes ou quasi-

postumes mâles, sans distinction de degrés, doivent être institués ou exhérédés *nominatim*. La disposition peut être collective pour les femmes, pourvu qu'on ait la précaution de leur laisser un legs, si minime qu'il soit, en signe qu'on ne les a pas oubliées, *ne videantur præteritæ per oblivionem* (*Ulpien*, XXII, 21-22; *Inst.*, p. 1, 2, *hic*).

Sanction de l'omission. — La sanction est d'ailleurs identique pour tous. L'omission du postume ne rend pas le testament nul *ab initio*; car il n'y a pas nécessité actuelle d'instituer ou d'exhéréder une personne qui n'est pas *suus heres*. Mais l'agnation ou quasi-agnation d'un postume, de sexe ou de degré quelconque, amène ultérieurement la chute du testament. Il suffit que ce nouvel héritier sien naisse vivant, et s'il était institué conditionnellement, que la condition ne se trouve pas accomplie au jour de sa naissance (*Inst.*, p. 1, *hic*; f. 22, *Dig.*, 28-2).

§ II

Droit prétorien.

471. Comme on vient de le voir, le droit civil ne protége ni les descendants *per feminas*, ni ceux des descendants *per masculos* qui ont perdu la qualité de *sui heredes* avant le jour du testament. La règle ne fléchit jamais à l'égard des descendants par les femmes; leur omission équivaut à leur exhérédation, et ne leur laisse d'autre remède que la plainte d'inofficiosité (*Inst.*, p. 7, *hic*).

Personnes assimilées aux héritiers siens. — Mais le préteur assimile aux héritiers siens et postumes du droit civil tous les descendants par mâles *ex justis nuptiis*, qui n'ont perdu le titre de *suus heres* qu'en vertu d'une *minima capitis deminutio*, et qui ne l'ont pas acquis et conservé dans une autre famille. Tels sont notamment les enfants émancipés par le testateur et non adrogés par un tiers, ou les enfants donnés en adoption, et que l'adoptant a émancipés, etc. (*Inst.*, p. 3 4, *hic*).

Formes. — Le préteur exige pour les mâles l'exhérédation nominative, et permet pour les femmes l'exhérédation *inter cæteros*. Envers les uns et les autres, il reconnaît la validité d'une institution subordonnée à une condition même casuelle; cette institution investira l'institué d'une *bonorum possessio secundum tabulas* ou *contra tabulas*, suivant que la condition sera plus tard accomplie ou défaillie (*Inst.*, p. 3, *hic*; f. 3, p. 12-14, *Dig.*, 37-4).

Sanction. — En effet, l'omission n'a pas directement pour conséquence, dans le droit prétorien, d'entraîner la nullité du testament; le préteur ne peut accorder aux descendants omis que la *bonorum possessio contra tabulas*. Mais en vertu de règles qui seront expliquées ailleurs, cette *bonorum possessio* ne se défère qu'aux ayants droit vivants et capables lors de la mort du testateur; de plus, elle ne leur est pas acquise *ipso jure*, et nécessite une demande dans un délai déterminé. Il est donc possible que le testament conserve son effet, par suite du prédécès, de l'incapacité ou de la renonciation de l'enfant omis (f. 2 pr., *Dig.*, 37-11).

L'inégalité de droit établie par la loi civile entre le fils et les autres descendants n'existait pas, en principe, dans le système prétorien ; car la *bonorum possessio contra tabulas* faisait réputer le testateur intestat, et les personnes omises prenaient la part qu'elles auraient eue comme héritiers légitimes, sans la charge des legs. Antonin le Pieux restreignit le bénéfice de la *possessio contra tabulas*, obtenue par les filles, à la portion que leur eût procurée le *jus accrescendi* civil, *virilem cum suis, dimidiam cum extraneis ;* elles durent aussi contribuer à l'acquittement des charges testamentaires (*Gaïus*, II, 126 ; C. 4, *Cod.*, 6-28).

En résumé, tandis que l'omission des mâles d'un degré quelconque rend le testament tout à fait inexécutable, l'omission des femmes le laisse debout et diminue seulement la part des institués.

§ III

Droit de Justinien.

471 *bis*. L'unité fut enfin mise dans ces règles par Justinien.

Quant aux descendants qu'il est nécessaire d'instituer ou d'exhéréder, l'Empereur consacre la théorie prétorienne. Seulement l'omission de l'enfant adopté par un *extraneus* est désormais permise à l'adoptant et défendue au père naturel; cette unique réserve dérive de l'innovation qui maintient cet enfant dans sa famille originaire.

L'exhérédation doit être nominative pour les descendants de tout sexe et de tout degré.

Une même sanction les protége tous, et l'omission ou l'exhérédation irrégulière entraîne toujours nullité immédiate du testament (*Inst.*, p. 5, *hic*).

SECTION DEUXIÈME

DE LA PLAINTE D'INOFFICIOSITÉ (*Inst.*, II, t. XVIII).

472. La théorie précédente était bien une restriction de la toute-puissance que les Douze Tables avaient reconnue au testateur. Mais elle n'exigeait, en définitive, qu'une formalité de plus, et ne protégeait que les descendants; encore même ne pesait-elle pas sur la mère ni sur les ascendants maternels.

La liberté de tester reçut une plus grave atteinte de la *querela inofficiosi testamenti*. On appelle *inofficiosum* tout ce qui est contraire aux *officia*, c'est-à-dire aux devoirs du sang ou de la reconnaissance. Par conséquent, le *testamentum inofficiosum* est un testament conforme aux principes du droit civil, mais qui viole les sentiments de la piété entre parents; c'est la définition qu'en donne Paul (IV, t. V, p. 1).

La *querela inofficiosi testamenti* constitue donc une action en rescision du testament, ouverte à certains héritiers légitimes que le testateur a dépouillés dans une forme régulière, mais sans raisons sérieuses.

La *querela* eut sa source dans un progrès des mœurs et fut d'origine coutumière; aucune loi formelle ne l'établit. Les jurisconsultes, forcés de prendre un détour, la fondèrent sur le prétexte qu'un testament réprouvé par la nature est nécessairement l'œuvre de la folie. Mieux aurait valu se contenter de la justification morale d'une telle institution, que d'en alléguer un motif juridiquement inacceptable; car le testament d'un fou serait nul de plein droit, tout entier, et sans retour, tandis que l'inofficiosité le rend seulement annulable, quelquefois même pour partie. La *querela* paraît déjà pratiquée au temps de Cicéron (2ᵉ *act. in Verr.*, I, 42).

§ I.

Conditions de la plainte d'inofficiosité.

Le droit d'intenter la *querela* est subordonné à trois conditions précises.

473. *A.* **Qualité de légitimaire.** — La première, c'est d'avoir une vocation à l'hérédité *ab intestato*, dans une classe déterminée.

Quiconque n'a pas de vocation à l'hérédité *ab intestato* est sans

intérêt à réclamer, contre le testament, une succession qu'il ne doit pas recueillir; en termes plus nets, il ne peut se prétendre dépouillé. Mais que la vocation soit civile ou prétorienne, qu'on agisse en qualité de *heres* ou de *bonorum possessor*, il n'importe (f. 6, p. 1, *Dig.*, 5-2).

Du reste, tous les héritiers *ab intestato* ne sont pas sur la même ligne, et la *querela* n'appartient qu'aux successibles des trois classes suivantes :

1° *Descendants.* — Aux descendants. La progression historique de l'institution offre ici trois degrés faciles à discerner. Il est très-probable que la plainte d'inofficiosité fut créée dans l'intérêt unique des héritiers siens du droit civil, régulièrement exhérédés; on y vit une conséquence adoucie de leur copropriété dans les biens paternels. Plus tard, quand le préteur eut étendu la nécessité de l'institution ou de l'exhérédation à tous les descendants par mâles, la plainte d'inofficiosité leur fut donnée sans distinction, indépendamment du titre d'héritiers siens; on ne considérait déjà plus la *patria potestas* comme la cause unique des devoirs du père. Enfin, dans une période certainement postérieure, furent admis à la *querela* les descendants omis par un ascendant qui n'avait pas l'obligation civile ou prétorienne de les instituer ou de les exhéréder, c'est-à-dire par la mère, par un ascendant maternel de l'un ou de l'autre sexe, et par une ascendante paternelle (*Inst.* pr., *hic;* II, t. XIII, p. 7).

Dès lors la *querela* se fonde également, pour tous les descendants, non sur un droit de copropriété, mais sur un titre naturel de préférence injustement méconnu.

2° *Ascendants.* — Aux ascendants. De même que le testateur viole l'*officium pietatis* en n'instituant pas son descendant, de même il y contrevient en omettant son ascendant; la *querela* ne peut s'expliquer ici que par cette relation mutuelle de devoirs (f. 15 pr., *Dig.*, 5-2).

Il faut d'ailleurs supposer que le descendant testateur était *sui juris;* car autrement il n'aurait eu la faculté de tester que *de peculio castrensi*, et le testament échapperait à la plainte d'inofficiosité, parce que ce pécule ne fait pas l'objet d'une succession *ab intestato* (f. 10, *Dig.*, 49-17).

3° *Frères et sœurs dans un cas unique.* — Aux frères et sœurs. Dans le droit classique, les frères et sœurs utérins ne participaient

pas à la *querela ;* cette restriction n'existe plus sous Justinien. La plainte d'inofficiosité ne fut néanmoins admise, pour cette troisième catégorie de successibles, qu'autant que l'institué était une *persona turpis*, c'est-à-dire une personne notée d'*infamia* ou dont l'*existimatio* ne semblait pas intacte, notamment un affranchi. Cette grave différence, entre les parents en ligne directe et les collatéraux du premier degré, date probablement de Constantin, bien qu'on en relève des traces dans quelques textes du Digeste sans doute interpolés (*Inst.*, p. 1, *hic ;* C. 27, *Cod.*, 3-28).

Dévolution. — Chaque fois qu'il y a dévolution de l'hérédité *ab intestato* au profit d'une des personnes des trois classes favorisées, il y a aussi dévolution de la *querela*. Par exemple, un fils émancipé meurt, en laissant son père et des enfants tous exhérédés ; c'est à ces derniers qu'appartient la plainte d'inofficiosité contre son testament; mais s'ils y renoncent ou s'ils y échouent, elle passe au père (ff. 14, 31, *Dig.*, 5-2).

474. *B.* **Défaut de la quarte.** — Une deuxième condition doit se joindre à la qualité précédente. Il faut que, sans raison sérieuse, le successible n'ait pas reçu, par acte de dernière volonté, le quart au moins de sa part héréditaire *ab intestato*. En appliquant ce principe aux descendants, on constate que l'ascendant ne peut jamais leur enlever plus des trois quarts de son patrimoine, et que, s'il y en a plusieurs, le partage d'un quart doit leur être fait par lui-même selon les proportions légales (*Inst.*, p. 7, *hic*).

Le soin de prouver que l'exhérédation ou l'omission ne s'explique par aucune raison sérieuse, et se trouve dès lors imméritée ou inique, incombe toujours au réclamant, d'après la règle générale. Les causes légitimes d'exhérédation ou d'institution ne sont indiquées limitativement par aucun texte, et le juge, libre appréciateur en fait, pèsera les motifs de la sévérité du testateur (C. 11, 19, 28, *Cod.*, 3-28).

Le quart dû par le testateur s'appelle *quarta legitimæ partis*, plus simplement *quarta legitima*, ou *quarta*, ou *legitima ;* de là vient le nom moderne de *légitimaires* pour désigner les personnes qui y ont droit. La loi s'est arrêtée à ce chiffre, parce que le testateur, en instituant le successible, aurait pu le grever de legs jusqu'à concurrence des trois quarts de l'institution, et ne lui laisser ainsi qu'un quart de sa part héréditaire *ab intestato*, suivant la loi Falcidie. Or, l'exhérédation ne saurait lui être plus favorable que ne

l'eût été l'institution. La quarte légitime dérive donc de la quarte Falcidie ; aussi se calcule-t-elle de la même manière, sur l'actif net des biens laissés au jour du décès, déduction faite des dettes, des frais funéraires, et de la valeur des esclaves affranchis par testament. Elle disparaît, en conséquence, lorsque l'hérédité est insolvable (C. 6, *Cod.*, 3-28 ; *Paul*, IV, t. 5, p. 6).

Le légitimaire doit recevoir sa quarte par acte de dernière volonté, c'est-à-dire par testament ou par donation à cause de mort. Les libéralités entre-vifs dont le testateur peut l'avoir gratifié, fussent-elles supérieures à la quarte, ne lui enlèvent pas la faculté d'intenter la *querela;* car les biens ainsi donnés n'entrent pas dans la masse dont le quart lui est dû. Le donateur aurait beau déclarer formellement que la libéralité entre-vifs s'imputera sur la quarte ; la plupart des jurisconsultes classiques, les Constitutions impériales et Justinien ne tiennent pas compte de cette condition, par le motif que la renonciation du légitimaire à la *querela* ne serait pas entièrement libre. Cependant Justinien excepte de cette règle classique les donations *dotis causâ*, *propter nuptias*, ou faites *ad emendam militiam*, c'est-à-dire pour l'acquisition d'un grade militaire (C. 9, 30, 35, *Cod.*, 3-28 ; *Inst.*, p. 6, *hìc*).

Supplément de quarte. — Si le défunt avait voulu laisser la quarte, et qu'en fait il eût laissé moins, le droit classique admettait quand même la *querela* pour le tout. Depuis Constantin, le testateur dispose en pleine sécurité, quand il ordonne expressément que la légitime, en cas d'insuffisance, sera complétée *boni viri arbitratu.* Justinien sous-entend cette clause dans toutes les libéralités testamentaires ou qui s'imputent sur la quarte. Dès lors, l'attribution au légitimaire d'une portion quelconque de la succession, fût-ce le plus petit legs, suffit à lui fermer l'accès de la *querela;* il n'a plus que la faculté de réclamer le complément de sa *quarta legitimæ partis*, par une action purement personnelle, la *condictio ex lege* (*Inst.*, p. 3, *hìc;* f. 1, *Dig.*, 13-2 ; C. 30, *Cod.*, 3-28).

475. *C.* **Impossibilité d'un autre recours.** — La plainte d'inofficiosité est un remède extrême ; elle suppose, comme troisième et dernière condition, le défaut de toute autre voie, soit civile, soit prétorienne, ouverte au légitimaire pour obtenir le quart au moins de sa part héréditaire *ab intestato.* Ainsi, quand le testament se trouve nul ou délaissé par les institués, la *querela* est refusée au successible qui peut venir en qualité d'héritier légitime. On la

dénie également à l'adrogé impubère et exhérédé qui est en droit de réclamer la quarte Antonine (*suprà*, n° 72), et toujours par application du même principe, aux descendants omis qui ont la ressource du *jus accrescendi* ou de la *bonorum possessio contrà tabulas* (*Inst.*, p. 2, *hic*).

§ II

Extinction de la plainte d'inofficiosité.

476. La *querela* se fonde sur une espèce d'injure, infligée par le testateur à son proche parent qu'il a omis ou déshérité sans raison sérieuse. Aussi disparaît-elle, comme l'*actio injuriarum* en général, à la suite de tout fait qui prouve ou laisse présumer le pardon. On en ramène à trois les causes d'extinction.

1° *La mort du querelans.* — Ses héritiers sont admis à poursuivre la *querela,* s'il l'avait intentée et poussée jusqu'à la *litis contestatio ;* ils peuvent de plus, par dérogation aux règles ordinaires de l'action d'injures, l'introduire eux-mêmes dans l'hypothèse où leur auteur avait le projet certain de la former. Justinien décide que le légitimaire mort dans les délais accordés à l'institué pour délibérer transmettra toujours son action à ses héritiers en ligne descendante (f. 6, p. 2 ; f. 7, *Dig.*, 5-2 ; C. 34, *Cod.*, 3-28).

2° *Un délai de cinq ans.* — La *querela* l'emporte encore à cet égard sur l'action d'injures, qui est annale. Le délai court, non de l'instant du décès, comme le voulait Modestin, mais du jour seulement de l'adition ; Justinien consacre en ce point l'opinion plus logique d'Ulpien. Du reste, pour abréger l'incertitude, il exige en même temps que l'institué prenne un parti dans les six mois du décès, s'il habite la même province que le *querelans*, au cas contraire dans l'année (C. 16 ; 36, p. 2, *Cod.*, 3-28).

3° *La renonciation.* — Elle est parfois expresse, notamment quand le légitimaire écrit sur le testament qu'il renonce à l'attaquer (f. 31, p. 4, *Dig.*, 5-2).

Le plus souvent elle est tacite et résulte d'actes très-divers, par exemple, d'un désistement de l'instance déjà engagée, ou de tout acte qui implique adhésion au testament. Telle serait l'acceptation que ferait le légitimaire d'un legs ou de toute autre libéralité laissée par le testateur, pourvu qu'il la recueillît dans son propre intérêt ; car il est bien évident qu'un tuteur exhérédé par son père ne perd pas, en acceptant un legs adressé au pupille, le droit d'inten-

ter la *querela* pour son compte personnel (f. 8, p. 1 ; f. 23, p. 1, *Dig.*, 5-2 ; *Inst.*, p. 4, *hic*).

On peut se demander si les causes d'extinction de la plainte d'inofficiosité s'appliquent à l'action en complément de la quarte. L'affirmative est certaine pour la renonciation ; quant aux autres, aucun texte ne s'en explique, et l'on ne doit pas étendre une déchéance par induction.

§ III

De la nature et des effets de la plainte d'inofficiosité.

477. La *querela inofficiosi testamenti*, assimilable dans sa cause à l'action d'injures, est de sa nature une véritable pétition d'hérédité, puisqu'elle a pour objet de rendre le testateur *intestatus* et de procurer la succession au réclamant ; aussi rentre-t-elle dans la compétence du tribunal des centumvirs. Mais à la différence de la pétition d'hérédité ordinaire, qui est ouverte contre quiconque possède *pro herede* ou *pro possessore*, la *querela* ne s'intente qu'envers un possesseur à titre d'institué. En outre, quand l'institué a demandé la *bonorum possessio secundùm tabulas*, le légitimaire n'arrive à la *querela* qu'en demandant la *bonorum possessio contrà tabulas* (f. 17, *Dig.*, 5-2 ; C. 2, *Cod.*, 3-28).

Echec de la *querela.* — Dans le cas d'échec de la *querela*, le testament s'exécute ; il n'y a pas lieu à l'ouverture de la succession *ab intestato*. Seulement le *querelans* perd tout ce qu'il aurait pu retirer du testament, legs, fidéicommis, quartes Falcidie ou Pégasienne. Ces avantages lui sont confisqués pour indignité, et le fisc en profite à sa place, s'il n'y a substitution. Mais cette déchéance ne frappe que le *querelans* qui a lui-même, de son chef et pour son compte, intenté la poursuite injuste et qui y a persisté jusqu'au bout. Si donc un tuteur introduit la plainte au nom de son pupille, si l'héritier du réclamant continue l'action, si le demandeur se désiste ou fait défaut, on écarte la confiscation (*Inst.*, p. 5, *hic* ; f. 8, p. 14 ; f. 22, p. 2-3, *Dig.*, 5-2).

Succès de la *querela.* — Lorsqu'elle triomphe, la plainte d'inofficiosité amène la rescision totale ou partielle du testament.

Rescision totale. — La sentence du juge emporte de plein droit rescision totale, quand un seul légitimaire agit contre un seul institué, ou contre plusieurs institués qui sont tous battus, etc. Dans ce

cas, il y a ouverture de la succession *ab intestato*. Le légitimaire en est saisi *ipso jure*, parce qu'il ne saurait répudier une hérédité qu'il a demandée; conséquemment, soit à titre d'héritier, soit à titre de *bonorum possessor*, soit en l'une et l'autre qualité, il succède à tout l'actif et à tout le passif. Les affranchissements et les legs contenus dans le testament sont non avenus; bien que ni les affranchis ni les légataires n'aient été mis personnellement en cause, on les considère comme représentés par l'institué. C'est une application rigoureuse de la règle qui fait dépendre de l'institution toutes les dispositions testamentaires. Pour éviter néanmoins une collusion entre le *querelans* et l'institué, on permet à ces intéressés d'intervenir dans l'instance ou d'interjeter appel de la sentence qui ruine le testament, et l'on n'annule ni les affranchissements ni les legs, quand l'institué a fait défaut (f. 8, p. 16; f. 17, p. 1; f. 29, *Dig.*, 5-2; f. 9, p. 14; f. 14, *Dig.*, 49-1).

Du reste, la rescision n'a pas d'effets rétroactifs. Les acquisitions réalisées *interim* par l'esclave héréditaire appartiennent à l'institué, qui s'en trouve seulement débiteur envers le légitimaire. De même, si l'héritier testamentaire a payé des legs, le payement a transféré la propriété aux légataires; mais ils sont, après la chute du testament, tenus de la *condictio indebiti*. Cette action est ouverte à l'institué lui-même, quand, à raison de son imprudence, il doit compte au légitimaire des valeurs employées. Elle est donnée *utiliter* au légitimaire, quand l'institué a payé les legs sans imprudence, et par suite sans responsabilité (f. 8, p. 16, *Dig.*, 5-2; f. 32, 33, *Dig.*, 5-3).

Rescision partielle. — La rescision peut n'être que partielle. Il en advient ainsi, par exemple, lorsque la *querela* est intentée contre plusieurs institués dont les uns l'emportent et les autres succombent, ou lorsqu'un seul de plusieurs légitimaires soulève la plainte, ou lorsqu'un testateur, en omettant son frère, a institué deux personnes, l'une *honesta*, l'autre *turpis*, etc. Dans tous ces cas, le *querelans* devient le cohéritier de celui des institués qui n'est pas exclu. De là résultent l'indivision des choses corporelles et le partage de plein droit des créances et des dettes. Les legs sont réduits proportionnellement à la part héréditaire du *querelans*. Quand l'objet en est indivisible, on tourne la difficulté; s'agit-il d'affranchissements, ils restent intacts, à la charge pour les affranchis de payer au légitimaire la valeur du droit de propriété qu'il aurait

eu sur eux ; s'agit-il de servitudes , elles ne sont pas constituées, à la charge pour l'héritier testamentaire d'indemniser partiellement le légataire (f. 15, *Dig.*, 5-2 ; f. 29, *Dig.*, 44-2 ; f. 76, *Dig.*, 31).

Il est clair que l'hypothèse de la rescision partielle du testament déroge à la grande règle : *Nemo partim testatus partim intestatus decedere potest.* Peut-être doit-on penser que cette maxime fléchissait ici devant le principe de bon sens qui restreint aux parties l'autorité de la chose jugée.

§ IV

Droit des Novelles.

478. Après la promulgation des Institutes et du Code, Justinien modifia la théorie précédente sur quatre points essentiels.

1° La quotité de la légitime est augmentée, au moins en faveur des enfants, et fixée à la moitié de la succession lorsqu'ils sont plus de quatre, au tiers dans le cas contraire. Un enfant unique peut donc avoir une légitime égale à celle de quatre enfants ensemble ; de plus, s'il y a cinq enfants, chacun d'eux aura un dixième, tandis que, si l'on en suppose quatre, la part virile ne sera que d'un douzième. Cette combinaison est évidemment défectueuse. Elle laisse d'ailleurs irrésolues d'assez graves questions ; ainsi les petits enfants d'un fils prédécédé sont-ils comptés par têtes, ou pour un seul ? la légitime des ascendants est-elle portée au tiers, ou maintenue à l'ancien taux ? Justinien aurait bien dû s'en expliquer (*Nov.* 18, cap. 1).

2° La légitime ne peut plus arriver à l'enfant par une disposition *mortis causâ* quelconque. Il faut absolument l'instituer, ne fût-ce que pour un objet particulier ; alors il réclamera le complément, non plus par une action personnelle, mais par une véritable pétition d'hérédité, puisqu'il doit avoir sa quotité à titre d'héritier. Cette innovation n'est pas toujours avantageuse à l'enfant ; car elle le soumet nécessairement aux embarras de la succession, que le testateur était maître auparavant de lui épargner en lui laissant la quarte par legs (*Nov.* 115, cap. 3).

3° Les causes justificatives de l'exhérédation ou de l'omission sont enlevées à l'appréciation du juge et limitativement énumérées par Justinien ; il y en a quatorze pour les descendants, huit pour les ascendants, trois pour les frères et sœurs. Le testament doit tou-

jours en préciser une à l'appui de l'exclusion (*Nov.* 115, cap. 3-4; *Nov.* 22, cap. 47).

4° La rescision du testament n'entraîne plus que la chute de l'institution, sans ébranler les legs ni les autres dispositions testamentaires ; le *querelans* devient pour ainsi dire héritier à la place de l'institué (*Nov.* 115, cap. 3).

APPENDICE

Extension de cette théorie aux donations.

479. Comme on vient de le voir, la légitime n'était due que sur l'hérédité, c'est-à-dire sur les biens laissés au décès. Le propriétaire pouvait donc, en abusant des libéralités entre-vifs, dépouiller impunément les légitimaires.

Aussi, par une modification qu'il faut problablement attribuer à l'empereur Alexandre Sévère, fut-il permis aux ascendants et descendants de poursuivre la rescision des donations qui les frustraient injustement de leur quarte ; on qualifie ces donations d'inofficieuses, et l'action s'intente *ad exemplum inofficiosi*. Comme la *querela*, elle n'est admise qu'à défaut de toute autre voie, et suppose seulement le préjudice sans exiger la fraude (*Fragm. Vat.*, 280-282 ; f. 87, p. 3, *Dig.*, 31 ; — C. 4, 5, *Cod.*, 3-29).

CHAPITRE XLII

CAUSES QUI ANNULENT UN TESTAMENT RÉGULIER.

(*Inst.*, II, t. XVII.)

480. Le testament est régulier, *justum, jure factum*, lorsqu'il réunit toutes les conditions de forme et de fond. Dans le cas contraire, il est nul, *injustum, non jure factum*, quelquefois *imperfectum*.

Un testament régulier peut devenir inutile par des causes diverses. Tantôt il manque son effet sans perdre sa validité, notamment par le prédécès ou la répudiation de l'institué, par la défaillance de la condition mise à l'institution, etc. On l'appelle alors *destitutum*.

Tantôt il manque son effet en perdant sa validité. Un tel testament, devenu nul après coup, reçoit la qualification de *ruptum* ou

d'*irritum ;* ces deux termes sont techniques et s'appliquent à des hypothèses distinctes (*Inst.*, p. 5, *hic*).

§ I

Testamentum ruptum.

Le testament est *ruptum* en général, quand l'infirmation dérive d'une cause étrangère à la capacité du testateur, *in eodem statu manente testatore*. La rupture a lieu de deux manières.

481. **Survenance d'un héritier sien.** — La survenance d'un héritier sien, *agnatio*, amène la rupture, parce qu'en le supposant investi de cette qualité lors de la confection, il aurait fallu l'instituer ou l'exhéréder, et que sa venue tardive ne doit pas lui nuire. On connaît déjà la rigueur des anciens principes sur ce point, et la théorie qui finit par donner au testateur le moyen de prévenir le plus souvent la chute du testament par l'institution ou l'exhérédation des postumes et quasi-postumes (*Gaïus*, II, 138-143 ; *suprà*).

Si les Institutes reviennent ici sur la doctrine de l'*agnatio heredis sui* qui paraissait épuisée, c'est pour signaler une hypothèse où le danger redouble. En effet, la survenance d'un enfant adoptif, sans être la seule qui rompe le testament, rend au moins ce résultat plus certain. Le testateur peut bien exhéréder par avance les héritiers siens qui lui naîtront, mais non ceux qui lui viendront par adoption ; autrement dit, il ne peut les dépouiller d'un droit qui leur est encore tout à fait étranger. Les jurisconsultes classiques, en revanche, attachent à l'institution antérieure de l'adopté l'effet préventif que n'a pas son exhérédation, et ne voient pas une cause de rupture dans l'adoption de l'institué (*Just.*, p., *hic ;* f. 23, p. 1, *Dig.*, 28-2).

482. **Confection d'un testament postérieur.** — Un changement de volonté, fût-il hors de doute, ne suffit pas à révoquer un testament ; car la révocation est une disposition nouvelle, qui change la personne de l'héritier, et peut-être la nature de l'hérédité. Cette règle générale est confirmée par une *oratio* de Pertinax, conforme à plusieurs rescrits de Sévère et d'Antonin sur la nécessité de conserver aux dispositions testamentaires toute leur valeur légale (*Just.*, p. 7-8, *hic*).

Le testateur a trois procédés de révocation : 1° il détruit l'acte matériellement ; 2° il le dénature, soit par la radiation volontaire de toutes les institutions, soit par la rupture des cachets ; 3° il fait

un testament postérieur (f. 20, *Dig.*, 28-3; — f. 1, 2, 3, 4, *Dig.*, 28-4).

Le second testament n'est révocatoire qu'à la condition d'être régulier, c'est-à-dire de satisfaire aux conditions de forme et de fond précédemment énumérées. Certains jurisconsultes investissent exceptionnellement de la même force un testament irrégulier, lorsqu'il institue un héritier légitime, *qui ab intestato venire posset* (*Inst.*, p. 2, *hic*; f. 2, *Dig.*, 28-3).

Le second testament une fois complet, le premier, bien qu'il subsiste en fait sans altération, perd toute efficacité. On n'a pas à se préoccuper de la destinée future du plus récent; ne donnât-il pas même un héritier au testateur, par exemple, dans le cas de répudiation ou de prédécès de l'institué, il suffit qu'il ait pu le lui donner (*Inst.*, p. 2, *hic*).

Quoique *ruptum*, l'ancien testament produit quelquefois des effets notables, à raison d'une confirmation expresse ou tacite. Car s'il est formellement exprimé dans le second *ut priores tabulæ valeant*, le précédent aura la valeur d'un codicille, et les dispositions en seront exécutoires comme fidéicommis. Or cette clause, depuis un rescrit de Septime Sévère, est sous-entendue chaque fois que le nouveau testament institue un seul héritier *ex certâ re*, soit pour des objets déterminés, soit pour une simple fraction de l'hérédité. La première institution est bien annulée, par l'application du principe qui répute non écrite, dans la seconde, toute mention restrictive de ce genre; mais l'intention de transformer l'institué primitif en fidéicommissaire à titre universel résulte de ce fait que le testateur, sans anéantir l'acte antérieur, réduit l'acte postérieur à des conséquences limitées (*Inst.*, p. 3, *hic*; f. 29, *Dig.*, 36-1).

Théodose le Jeune voulut que l'expiration d'un délai de dix ans amenât de plein droit la chute du testament. Cette innovation offrait le grave inconvénient que le testateur, au bout de ce temps, pouvait n'être plus capable de tester. Aussi Justinien eut-il raison de la supprimer; il décida seulement que le laps de dix années confirmerait tout acte de révocation fait en forme authentique (*apud acta*) ou devant trois témoins capables, et qui n'avait pas d'effet à lui seul (C. 27, *Cod.*, 6-23).

II

Testamentum irritum.

483. Le testament est *irritum* quand l'infirmation provient d'une *capitis deminutio* du testateur. Que tel soit le résultat de la *maxima* et de la *media*, rien de plus naturel, puisqu'en supprimant la liberté ou le droit de cité, elles suppriment du même coup la *factio testamenti* active. Mais cette conséquence découle aussi de la *minima*, et se rattache alors à l'idée trop subtile que le *capite minutus* a perdu sa personnalité antérieure.

En principe, pour que le testament devienne *irritum*, il faut que le testateur ait subi la *capitis deminutio* avant sa mort. Cette règle reçoit deux exceptions : 1° poursuivi pour crime capital, il se suicide en aveu de son crime, *ob conscientiam delicti*; 2° accusé de conspiration ou d'attentat contre l'État ou le prince, c'est-à-dire *perduellionis reus*, il meurt avant la sentence, et sa mémoire est ensuite condamnée. Dans l'un et l'autre cas, les biens du défunt passent au fisc (f. 6, p. 7, 11, *Dig.*, 28-3; f. 11, *Dig.*, 48-4).

Si le testateur frappé d'une *maxima* ou *media capitis deminutio* obtient du prince la *restitutio per omnia*, son testament redevient valable même en droit civil (f. 6, p. 12, *Dig.*, 28-3).

Exception. — Enfin, par exception, le testament qu'un fils de famille a fait *de peculio castrensi* ne devient pas *irritum* à la suite de son émancipation ou de son adoption, alors même qu'il est dépouillé des privilèges militaires en sa qualité de vétéran. D'accord sur la décision, les jurisconsultes romains ne s'accordent pas sur les motifs. Le meilleur à donner est peut-être que le testateur, réputé père de famille à l'égard du *peculium castrense*, se retrouve après l'émancipation ou l'adoption pourvu des mêmes droits sur ces biens. Mais en vertu de l'axiome *nemo partim*, l'effet du testament de l'émancipé ne restera pas limité aux *bona castrensia*, et comprendra tout le patrimoine que laissera ce fils à son décès (*Inst.*. II, t. XI, p. 5; f. 22, *Dig.*, 29-1; f. 6, p. 13; *Dig.*, 28-3; f. 19, p. 2, *Dig.*, 49-17).

§ III

Tempéraments prétoriens.

484. Un testament *ruptum*, *irritum*, ou même *injustum* conserve

en certains cas sa force aux yeux du préteur, qui le fait exécuter. Deux conditions sont toujours requises : 1° le testament doit présenter les formes prétoriennes ; 2° le testateur doit être mort citoyen romain et *sui juris*, c'est-à-dire investi du droit de tester, sinon de l'exercice de ce droit. En d'autres termes, le préteur n'exige la *factio testamenti* qu'aux deux époques de la confection et du décès, tandis que la loi civile l'exige sans discontinuité dans tout l'intervalle (*Inst.*, p., 6, *hic* ; *Gaïus*, II, 147 ; *Ulpien*, XXIII, 7).

On se contente de ces deux conditions fondamentales, lorsque l'acte testamentaire est devenu *irritum* par la *maxima* ou *media capitis deminutio* de son auteur. Dans toute autre hypothèse, il y doit s'ajouter quelque circonstance supplémentaire. Ainsi, quand le testament est *ruptum* par la confection d'un testament postérieur, l'exécution prétorienne du premier suppose qu'il existe encore en fait, et que, pour lui rendre vigueur, le testateur a détruit le second. Est-ce une *minima capitis deminutio* qui a rendu le testament *irritum* ? il faut alors que le testateur, redevenu *sui juris*, ait manifesté la volonté de maintenir ses dispositions antérieures. Enfin le testament *injustum* d'une femme qui a testé *sinè auctoritate tutoris*, n'est validé par le préteur qu'en l'absence d'héritiers légitimes (*Gaïus*, II, 118-119 ; f. 11, p. 2, *Dig.*, 37-11).

Les institués que le magistrat appelle à la succession, malgré la ruine ou la nullité civile du testament, ne sont pas des *heredes* proprement dits ; ils n'ont que la *bonorum possessio secundùm tabulas*.

CHAPITRE XLIII

ACQUISITION OU RÉPUDIATION DE L'HÉRÉDITÉ ; CLASSIFICATION DES HÉRITIERS.

(*Inst.*, II., t. XIX.)

485. La délation et l'acquisition de l'hérédité sont profondément distinctes.

La délation de l'hérédité est le moment où l'on peut l'acquérir. Dans la succession testamentaire, ce moment arrive au décès du testateur pour l'institution pure et simple, et pour l'institution conditionnelle à l'événement de la condition suspensive. Dans la

succession *ab intestato*, il y a délation lorsqu'il devient certain que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire.

Quant à l'acquisition de l'hérédité, c'est la réalisation de la vocation successorale. A ce point de vue, les héritiers se divisent en trois classes : héritiers nécessaires, héritiers siens et nécessaires, héritiers externes ou volontaires. Pour les héritiers des deux premières classes, la délation et l'acquisition de l'hérédité se confondent, en ce sens qu'ils sont saisis de plein droit, et qu'ils continuent bon gré, mal gré la personne du *de cujus*. Au contraire, les héritiers de la troisième classe ont le choix d'accepter ou de répudier la succession. Bref, l'acquisition est forcée pour les uns, et facultative pour les autres. En règle générale, les héritiers sont volontaires.

SECTION PREMIÈRE.

HÉRITIERS NÉCESSAIRES (*Inst.*, p. 1, *hic.*)

486. La classe des *heredes necessarii* ne comprend que les esclaves institués par leur maître, et dans l'ancienne législation les individus *in mancipio* qui leur sont assimilés. Pour la formation d'un *heres necessarius*, deux conditions doivent se joindre à l'institution régulière.

Conditions. — 1° Il faut que l'esclave reçoive la liberté de la volonté libre du maître. Si le *dominus* était tenu de l'affranchir, par exemple, en exécution d'un fidéicommis ou parce qu'il l'avait acquis sous cette réserve, le *servus* n'est pas héritier nécessaire (f. 84, *Dig.*, 28-5).

2° Il faut qu'en vertu du testament, l'esclave obtienne simultanément la liberté et l'hérédité. Car s'il était encore esclave à l'instant où le testament lui défère l'hérédité, il ne deviendrait pas héritier ; et, s'il était déjà libre, il pourrait bien devenir héritier, mais non pas nécessaire. Pour obtenir simultanément la liberté et l'hérédité, l'esclave doit avoir été dans la propriété du testateur aux deux moments de la confection du testament et de l'ouverture de la succession par le décès ; on n'examine pas ce qu'il a pu devenir dans l'intervalle. On se rappelle aussi que le droit classique exigeait un legs formel de liberté, et que Justinien voit un affranchissement tacite dans le seul fait de l'institution (f. 49, f. 50, *Dig.*, 28-5).

Tant que dura le domaine bonitaire, l'institution et la manu-

mission d'un esclave qu'on avait seulement *in bonis* ne le rendaient pas héritier nécessaire ; car il ne devenait que Latin, *quod non proficit ad hereditatem capiendam* (*Ulpien*, XXII, p. 8).

Situation civile de l'héritier nécessaire. — L'obligation de recueillir l'hérédité est une charge que la loi impose à l'esclave, par interprétation de la volonté du testateur ; car le maître, en l'affranchissant, a la faculté de subordonner à des devoirs précis l'acquisition de la liberté. Quand la succession est solvable, l'esclave trouve un avantage à l'acquérir de plein droit et définitivement au moment du décès. Mais s'il faut en croire les Institutes, l'esclave n'est guère institué qu'en vue d'une succession insolvable. Considérée sous cet aspect, sa qualité d'héritier nécessaire le met dans une situation fâcheuse : 1° les créanciers du défunt vendent les biens héréditaires *per universitatem* sous le nom de l'héritier; c'est donc l'esclave, non le *de cujus*, que frappe l'infamie légalement attachée à la *bonorum venditio;* cette règle choquante ne disparut qu'avec l'usage de la vente en masse, après l'époque classique ; 2° lorsque le prix de la succession vendue ne suffit pas à couvrir toutes les dettes, l'esclave reste personnellement tenu pour le surplus ; les créanciers du testateur, devenus ses créanciers, ont le droit de vendre ce qui lui advient plus tard d'une source quelconque, et de le soumettre à toutes les mesures d'exécution autorisées contre un débiteur insolvable.

Il est donc clair que l'acquisition forcée de la liberté et de l'hérédité ne constitue pas toujours un bienfait pour l'esclave, et ne profite le plus souvent qu'au testateur, assuré de ne pas mourir intestat.

Jus separationis. — Aussi le préteur vient-il au secours de l'héritier nécessaire, par la création du *jus separationis*. C'est un bénéfice que le *necessarius* acquiert en le demandant au magistrat, avant toute immixtion dans les biens du défunt. Il y gagne d'échapper à toute obligation personnelle envers les créanciers héréditaires. En conséquence, ses acquisitions ultérieures défieront leur poursuite, pourvu qu'elles ne proviennent pas de sa qualité d'héritier, *ex causâ hereditariâ* (f. 1, p. 18, *Dig.*, 42-6; *Gaius*, II, 155 ; III, 56, 58).

SECTION DEUXIEME

HÉRITIERS SIENS ET NÉCESSAIRES (*Inst.*, p. 2, *hic*).

487. A la différence des *heredes necessarii* dont l'existence présuppose toujours un testament, les *heredes sui et necessarii* peuvent indistinctement se rencontrer dans la succession testamentaire et dans la succession légitime.

Conditions. — Pour la détermination des héritiers siens et nécessaires, il suffit de se reporter à la théorie de l'exhérédation. Ce titre appartient aux descendants qui se trouvaient, réellement ou par fiction, sous la puissance immédiate du testateur au moment du décès, et que sa mort rend *sui juris*. Rentrent dans cette définition les enfants même adoptifs, la femme et la bru *loco filiæ vel neptis* au temps classique, et les postumes légitimes ou Aquiliens. Y sont étrangers, outre les émancipés, tous les petits-enfants qui doivent retomber sous une autre puissance. Il n'y a pas d'ailleurs à rechercher si le descendant acquiert la succession par lui-même ou par l'intermédiaire de son propre enfant *in potestate* ou de son esclave; il suffit qu'elle lui soit acquise dès son ouverture (*Inst.*, p. 2, *hic; Gaïus*, II, 156; III, 2).

Mais les descendants institués par le père de famille sous une condition potestative échappent à la règle; car le testateur a précisément voulu leur épargner l'acquisition et les mettre dans la classe des héritiers volontaires (f. 86, p. 1, *Dig.*, 28-5).

Situation civile des héritiers siens et nécessaires. — Tandis que l'esclave n'est que *necessarius heres*, les descendants sont en même temps *sui et necessarii*; la raison en est sans doute que leur droit successoral continue et représente la copropriété qu'on leur reconnaissait dès l'origine sur les biens du père vivant. Pour le même motif, ils se trouvent saisis *ipso jure*, indépendamment de toute volonté et de toute autorisation. De là leur nom d'héritiers nécessaires.

A ce principe se rattachaient d'heureuses conséquences. Car, outre l'ininterruption des *sacra privata*, il en résultait que le descendant, même incapable de faire adition à cause de son *infantia* ou de sa folie, acquérait néanmoins la succession paternelle, et que son décès immédiat ne l'empêchait pas de la transmettre à ses propres héritiers. Mais sa position avait une autre face moins brillante. Si l'hérédité était insolvable, la qualité de *necessarius* le soumettait à

l'infamie qui dérivait de la *bonorum venditio*, comme à l'obligation de payer les dettes de la succession *ultrà vires hereditarias;* en un mot, il était à ce point de vue sur la même ligne que l'esclave institué par son maître.

Jus abstinendi. — Le préteur organisa pour l'héritier sien et nécessaire le *jus abstinendi*, qui fut étendu à l'individu *in mancipio*, d'après le témoignage de Gaïus (II, 160).

Ce bénéfice diffère du *jus separationis* par sa forme et ses effets. Une demande au magistrat n'est pas exigée pour l'obtenir; il suffit d'une manifestation quelconque de la volonté de l'héritier; mais toute immixtion dans l'hérédité entraîne déchéance de ce droit d'abstention, si ce n'est pour les impubères, et réserve faite de la *restitutio in integrum* au profit des mineurs de vingt-cinq ans. En outre, tandis que le *jus separationis* n'exempte pas l'héritier nécessaire de l'infamie attachée à la *bonorum venditio*, le *jus abstinendi* l'épargne à l'héritier sien et nécessaire, en même temps que l'obligation indéfinie de payer les dettes héréditaires; la vente des biens de la succession se fait sous le nom du défunt (f. 11, 12, 57, *Dig.*, 29-2; *Gaïus*, II, 158).

La succession dont s'abstient le *suus* passe par accroissement à ses cohéritiers, ou par dévolution aux successibles que sa présence écartait, et qui sont les substitués vulgaires ou les héritiers *ab intestato*. Mais ces résultats n'ont lieu que *jure prœtorio;* au point de vue de la loi civile, le *suus* reste héritier. Entre autres conséquences, il découle de là que : 1° les affranchissements directs ou fidéicommissaires demeurent efficaces; 2° si le produit de la vente des biens héréditaires dépasse le passif, l'excédant appartient au *suus;* 3° il peut revenir sur sa résolution et reprendre l'hérédité, jusqu'à la vente des biens réalisée par les créanciers ou l'adition faite par un autre successible. Justinien resserre cette faculté dans un délai de trois ans, qui court sans doute d'une déclaration d'abstention (f. 32, *Dig.*, 40-4; f. 6, *Dig.*, 42-5; C. 6, *Cod.*, 6-31).

SECTION TROISIEME

HÉRITIERS EXTERNES OU VOLONTAIRES (*Inst.*, p. 3 à 7, *hic*).

488. On entend par *heredes extranei* ou *voluntarii* tous ceux qui ne rentrent pas dans les deux classes précédentes. C'est à leur égard seulement qu'il faut distinguer la délation et l'acquisition de

l'hérédité. Ils se rencontrent indifféremment dans les successions testamentaires et légitimes.

Pour l'héritier externe, la *factio testamenti* doit exister : 1° d'*abord au jour de la confection du testament*, ensuite *au jour de la délation de l'hérédité*, c'est-à-dire lors du décès si l'institution est pure et simple, et lors de l'événement de la condition dans le cas contraire; le maintien de la capacité n'est pas nécessaire entre ces deux dates, suivant la règle *media tempora non nocent*; 2° *du jour de la délation au jour de l'adition*; dans cette période, la moindre interruption de capacité devient fatale à l'institué, et le dépouille de sa vocation (*Inst.*, p. 4, *hic;* f. 49, p. 1, *Dig.*, 28-5).

Quant au *jus capiendi* de l'époque classique, il ne fut jamais exigé qu'au moment de recueillir l'hérédité, mais dans un laps de cent jours au plus depuis la délation (*suprà*, n° 467).

§ I

Du *tempus deliberandi* et de l'hérédité jacente.

489. D'après la loi civile, l'héritier n'était pas obligé de se prononcer dans un temps donné pour l'acceptation ou pour la répudiation. Le testateur pouvait seul l'y forcer, en l'instituant *cum perfectâ cretione*. La *cretio* s'entendait, en ce sens, d'une déclaration faite par le testateur que son hérédité devrait être solennellement acceptée dans un intervalle quelconque, habituellement de cent jours. La *cretio* était *perfecta*, lorsqu'elle avait pour sanction la perte de l'hérédité; l'absence de cette clause d'exhérédation lui valait le nom d'*imperfecta*. Si le délai ne comprenait que des jours utiles, la *cretio* était *vulgaris*; on appelait *continua* celle qui faisait courir le terme, sans interruption, de l'ouverture des droits héréditaires. L'institution de la *cretio* fut abolie dans le Bas-Empire, principalement par une constitution d'Arcadius, Honorius et Théodose (C. 17, *Cod.*, 6-30).

Tempus deliberandi. — Hormis cette hypothèse, le droit civil n'apportait aucune limite aux temporisations de l'héritier; mais le danger de l'*usucapio lucrativa pro herede* le stimulait indirectement à se presser. D'un autre côté, les personnes que son indécision tenait dans l'expectative, c'est-à-dire les cohéritiers, les successibles postérieurs, les légataires, et surtout les créanciers, pouvaient lui demander s'il acceptait (*an heres sit*), et le forcer à prendre un

parti hâtif. Ces intérêts divers furent conciliés par le préteur ; il fixa désormais à l'héritier une période pour délibérer et se prononcer, *tempus deliberandi*. Ce répit, ordinairement de cent jours et jamais moindre, était accordé sur la demande de l'héritier lui-même, ou de ses créanciers, ou sans doute des autres intéressés. Jusqu'à l'expiration du terme, les créanciers n'avaient pas le droit de poursuivre l'héritier, ni de vendre les biens héréditaires. La date échue sans acceptation ni répudiation, l'héritier demeurait définitivement exclu de l'hérédité (f. 5 ; f. 6, *Dig.*, 11-1 ; f. 1, p. 1 ; f. 2, *Dig.*, 28-8 ; f. 69, *Dig.*, 29-2).

Dans le droit de Justinien, le *tempus deliberandi* concédé par le magistrat doit être de neuf mois, et l'empereur peut le porter jusqu'à l'année entière. En outre, faute d'une détermination prise dans le délai, l'héritier est réputé acceptant ; cette innovation grave contredit la qualification extérieure et le caractère intrinsèque de l'*heres extraneus* (C. 22, p. 13-14, *Cod.*, 6-30).

Hereditas jacens. — Jusqu'à l'acceptation, l'hérédité demeure jacente ; on comprend que l'institution d'un *necessarius* ou d'un *suus*, si elle n'est conditionnelle, ne comporte pas de situation semblable. Les biens de l'hérédité jacente sont en réalité des *res nullius*. Cette prémisse aurait dû logiquement amener de sérieuses conséquences, par exemple, l'impuissance pour les esclaves héréditaires d'acquérir quoi que ce soit, l'inexistence de l'*actio legis Aquiliæ* qui ne s'ouvre qu'au *dominus*, etc. Mais les jurisconsultes écartèrent ces inconvénients par la fiction célèbre *hereditas personam sustinet*. Pour les uns, l'hérédité représentait l'héritier futur ; pour les autres, elle représentait le défunt. C'est la seconde opinion qui prévalut (f. 34, *Dig.*, 41-1).

§ II

De la répudiation et de l'adition d'hérédité.

490. Pour accepter ou pour répudier, l'héritier doit avoir la même capacité et remplir les mêmes conditions ; il en sera traité sur l'adition. La parti qu'il a choisi est irrévocable en principe. Cependant le préteur appliquait à ces actes si graves, au profit des mineurs de vingt-cinq ans, son institution bienfaisante de la *restitutio in integrum*. L'empereur Adrien permit exceptionnellement à des majeurs de revenir sur leur acceptation, quand elle

était suivie de la découverte d'un passif onéreux, *grande æs alienum ;* Gordien généralisa cette dérogation en faveur des militaires (*Inst.*, p. 5-6, *hic*).

De la répudiation en particulier. — La répudiation est expresse ou tacite. Car elle résulte d'abord de tout acte qui en indique la volonté, notamment, à l'époque classique, du silence que garde l'héritier pendant tout le délai de la *cretio perfecta* ou du *tempus deliberandi*. Elle se réalise autrement par une déclaration formelle, *nudâ voluntate;* ce dernier mode est seul applicable sous Justinien (p. 7, *hic*).

La répudiation correspond, pour l'héritier externe, au *jus abstinendi* de l'héritier sien et nécessaire ; seulement l'effet en est plus radical. Elle rend l'institué complétement étranger à la succession, que peuvent dès lors recueillir, comme s'il n'eût jamais existé, les personnes appelées à ses côtés ou à sa suite. Répudient-elles aussi, l'hérédité reste jacente, et les créanciers procéderont à la *bonorum venditio* sous le nom du défunt (*Gaïus*, III, 78).

De l'adition en particulier. — L'héritier ne saurait faire une adition valable, s'il ne connaît sa vocation avec certitude, et s'il ne sait exactement à quel titre il est appelé. L'adition est donc nulle : 1° quand elle a lieu avant la délation de l'hérédité, c'est-à-dire du vivant du testateur ou *pendente conditione;* 2° quand l'héritier ignore la mort du *de cujus* ou l'événement de la condition, quand il se croit appelé *ab intestato* et qu'il l'est *à testato*, quand il suspecte la validité du testament, etc. (*Inst.*, p. 7, *hic*).

Caractère personnel de l'adition. — L'adition est un acte essentiellement personnel et suppose normalement la volonté de l'institué lui-même. Les suites de ce principe sont graves.

1° Si l'institué meurt avant de prendre un parti, sa vocation héréditaire ne passe point à ses propres héritiers; *hereditas non adita non transmittitur*. Cette règle, plus ou moins adoucie par certains empereurs, reçut finalement une atteinte sérieuse de Justinien ; il voulut que tout héritier testamentaire ou légitime, mort dans le *tempus deliberandi* d'un an sans avoir répudié, transmît à ses héritiers quelconques le droit d'accepter la succession (C. 19, *Cod.*, 6-30).

2° Les personnes incapables de volonté, comme l'*infans* et le *furiosus*, ou dont la volonté n'a pas de valeur légale, comme l'impubère *alieni juris*, ne peuvent faire une adition d'hérédité, et nul ne la peut faire à leur place. On sait que cette rigueur, déjà modérée

par le droit classique, fut corrigée par Théodose à l'égard de l'*infans* et du fils de famille impubère (*suprà*, nos 109 et 112). Justinien permit au curateur du fou de le remplacer dans l'adition (f. 63, 90, *Dig.*, 29-2 ; C. 7, p. 3, *Cod.*, 5-70).

Du reste, si l'adition suppose la volonté de l'institué lui-même, il n'est pas toujours le seul qui doive consentir ; car on se rappelle que l'institué *alieni juris* n'accepte pas efficacement l'hérédité sans un *jussus* formel et spécial du *pater* (*Inst.*, II, t. IX, p. 3).

Formes de l'adition. — Dans le droit classique, l'adition a lieu de trois manières, *cretione*, *nudâ voluntate*, *pro herede gerendo*. On a déjà vu que la *cretio* s'entend quelquefois d'un délai fixé par le testateur (*suprà*, n° 489) ; le même mot prend ici un autre sens, et désigne une formule solennelle d'acceptation, prononcée au cours de ce délai, dans les termes suivants : *Quòd me Publius Mævius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque*. Lorsque l'institution est faite *cum cretione perfectâ*, l'institué n'acquiert l'hérédité qu'en prononçant la formule solennelle dans la période prescrite ; autrement dit, il n'est pas libre alors de choisir entre les trois procédés d'adition (*Ulpien*, XXII, 27-32 ; *Gaïus*, II, 166, 168).

Du jour où fut abrogée la *cretio*, l'adition ne se réalisa plus que des deux autres façons. La *nuda voluntas* est une volonté qui s'exprime verbalement, sans aucune solennité ; dans l'acception étroite, c'est là ce qu'on appelle l'adition proprement dite. *Pro herede gerere*, c'est accomplir des actes de maître sur la succession, par exemple, vendre ou louer un immeuble. A cet égard, l'intention est seule à considérer ; ainsi, lorsque j'aliène la chose d'autrui comme héréditaire, je gère *pro herede ;* car j'ai cru agir en maître, c'est-à-dire en héritier (puisque les mots de *dominus, herus, heres* sont synonymes). L'institué peut donc faire, sans accepter, des actes conservatoires et d'administration ; mais la prudence lui conseille, comme aux *sui heredes* qui veulent conserver le *jus abstinendi*, de déclarer d'abord en présence de témoins qu'il n'entend pas *gerere pro herede* (*Inst.*, p. 7, *hìc ; Paul*, IV, t. VIII, p. 25 ; *Ulpien*, XXII, 26 ; f. 6, p. 7 ; f. 21, p. 1 ; f. 88, *Dig.*, 29-2).

Ces trois procédés excluent tout terme et toute condition ; car l'adition figure au nombre des *actus legitimi* qui sont viciés *per temporis vel conditionis adjectionem* (f. 77, *Dig.*, 50-17).

§ III

Effets de l'adition.

491. Dès l'instant de l'adition, l'héritier succède au défunt, non-seulement pour la portion qu'il accepte, mais aussi pour toutes celles qui peuvent ou pourront s'y trouver réunies à son insu ou même contre son gré (f. 31 ; f. 53, p. 1 ; f. 80, p. 1, *Dig.*, 29 2).

Quel que soit l'intervalle écoulé entre la mort du *de cujus* et l'acceptation de son patrimoine, la succession est censée recueillie au moment même du décès ; il n'y aura jamais eu d'interruption dans la personnalité juridique. Le défunt, représenté par l'hérédité jacente, s'est en quelque sorte survécu à lui-même jusqu'au jour de l'adition, qui lui substitue l'héritier. Il n'est donc pas utile, pour expliquer la continuité de personne, d'attribuer un effet rétroactif à l'adition ; cette rétroactivité, supposée dans quelques textes, ne s'accorderait aucunement avec la doctrine prédominante qui voyait dans l'hérédité jacente la représentation du défunt (*suprà*, n° 489). De toutes les conséquences qu'y rattache le Digeste, une seule est incompréhensible sans elle ; c'est la validité des stipulations faites par l'esclave héréditaire au nom de l'héritier futur (f. 54, *Dig.*, 29-2 ; f. 28, p. 4, *Dig.*, 45-3).

Sur ces bases, l'adition produit deux résultats principaux : 1° elle opère confusion définitive et complète du patrimoine du défunt et du patrimoine de l'héritier, pour l'actif et le passif ; 2° elle oblige l'héritier à l'exécution de toutes les charges imposées par le testateur.

Cette confusion de patrimoines peut nuire à diverses classes de personnes : 1° soit à l'héritier lui-même, soit à ses créanciers, si l'hérédité est insolvable ; 2° aux créanciers du défunt, s'ils doivent, par suite de leur concours avec les créanciers de l'héritier sur le prix des deux patrimoines confondus, obtenir moins qu'ils n'auraient eu du vivant de leur débiteur. Ces dangers appelèrent l'attention de la loi.

Le droit commun ouvre tout d'abord aux créanciers de l'héritier la voie de l'action Paulienne, lorsque l'adition a été frauduleuse. Les conditions et les effets en seront exposés dans la théorie générale de cette institution prétorienne.

492. **Dangers pour l'héritier; bénéfice d'inventaire.** — Le

bénéfice d'inventaire, organisé par Justinien, constitue pour tout héritier un moyen de se prémunir contre le péril des dettes.

Il est acquis à l'héritier qui fait adition sans se prévaloir du *jus deliberandi*, et qui dresse, en présence des *tabularii*, un inventaire, c'est-à-dire un état énumératif et descriptif de tous les objets héréditaires. Il faut commencer l'inventaire dans le mois de l'ouverture du testament, et le terminer dans les trois mois, ou seulement dans l'année quand la plus grande partie des biens est trop éloignée. Durant ce délai, l'héritier ne peut être poursuivi en cette qualité.

Les avantages du bénéfice d'inventaire se résument dans l'idée qu'il empêche la confusion des patrimoines. Par conséquent : 1° l'héritier n'est tenu des dettes que dans la mesure de l'actif, *intrà vires successionis;* 2° il est admis, en concours avec les autres créanciers héréditaires, à réclamer ce qui lui était dû par le défunt, de même qu'ils ont la faculté de lui réclamer ce qu'il devait; 3° il conserve les servitudes personnelles ou prédiales dont il était investi sur les biens de l'hérédité, comme subsistent les servitudes prédiales qui grevaient son propre fonds envers un immeuble du défunt (*Inst.*, p. 6, *hic;* C. 22, *Cod.*, 6-30).

493. **Dangers pour les créanciers héréditaires; séparation des patrimoines.** — Le bénéfice de la *bonorum separatio* est accordé par le préteur à tous les créanciers du défunt, purs et simples ou conditionnels; mais il ne profite qu'à ceux qui le demandent. Le délai pour l'invoquer est de cinq ans à partir de l'adition. Il se manifeste ordinairement dans le cours de la *bonorum venditio;* au moment où les biens réunis du défunt et de l'héritier sont saisis et vont faire l'objet d'une vente en bloc, les créanciers héréditaires interviennent pour exiger, non deux ventes, mais la mise à part, dans le prix total, de la valeur des biens du défunt (f. 1, p. 1, p. 16; f. 4, *Dig.*, 42-6).

Avant l'expiration du délai de cinq ans, le droit à la séparation s'éteint : 1° par la confusion matérielle des deux masses de biens, lorsque la distinction est impossible; 2° par tout fait des créanciers qui manifeste leur intention de se borner à l'obligation de l'héritier, comme une acceptation de gage ou de caution, etc. (f. 1, p. 10, 13, 15, *Dig.*, 42-6).

L'effet de la *bonorum separatio* est de procurer, en première ligne aux créanciers du défunt, après eux aux légataires qui l'ont aussi

demandée, un droit de préférence sur le prix des biens héréditaires, contre tous les créanciers même hypothécaires de l'héritier. En revanche, un pareil droit de préférence est acquis aux créanciers de l'héritier sur le prix de ses biens propres (f. 1, p. 3 ; f. 4, p. 1 ; f. 6, *Dig.*, 42-6).

L'héritier reste d'ailleurs héritier ; par conséquent, l'excédant de l'actif héréditaire sur le passif correspondant rentre dans son patrimoine. La doctrine logique et raisonnable de Papinien concluait du même point de départ que les créanciers du défunt, s'ils n'étaient pas désintéressés par la vente de la succession, pouvaient parfaire leur payement sur la portion du prix des biens personnels de l'héritier que ses créanciers n'avaient pas absorbée. Cette opinion est repoussée par deux jurisconsultes postérieurs, Ulpien et Paul, qui fondent la solution contraire sur un paralogisme presque évident ; car ils enseignent que les créanciers du défunt, en invoquant la *bonorum separatio*, ont renoncé à poursuivre l'héritier, *recesserunt à personâ heredis* (f. 3, p. 2 ; f. 5 ; f. 1, p. 17, *Dig.*, 42-6).

SECTION QUATRIÈME

RÉPARTITION DE L'HÉRÉDITÉ ENTRE LES INSTITUÉS (*Inst.*, II, t. XIV, p. 4 à 8).

494. La règle *nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* exerce une influence considérable sur l'attribution de l'hérédité. Elle se traduit ici par le principe que l'institué, s'il est unique, ou les institués, s'il y en a plusieurs, ont toujours une vocation éventuelle au tout.

En conséquence, lorsqu'il n'y a qu'un héritier, il doit recueillir nécessairement toute l'hérédité. A supposer que le testateur l'ait institué seulement *ex certâ parte vel ex certâ re*, cette mention est réputée non écrite, et l'héritier prend la totalité quand même (*Inst.*, p. 5, *hic*).

Détermination des parts. — D'un autre côté, le testateur est libre d'instituer autant d'héritiers qu'il lui plaît, et de répartir entre eux la succession à son gré. Mais le résultat de ce concours doit toujours être tel que l'hérédité se trouve entièrement absorbée. Dans la pratique, on la considérait comme une unité, comparable à l'unité monétaire ou livre de cuivre ; pour ce motif on l'appelait *as*, et de même on la partageait en douze parties égales, *unciæ*. Les testateurs romains n'étaient pas obligés de suivre ce calcul, et l'on

devait souvent en adopter un autre, pour donner effet à leur volonté. Il faut distinguer quelques hypothèses principales :

1° *Plusieurs institués* sine parte. — Le testateur laisse plusieurs institués sans désignation de parts, *sine parte*. L'hérédité se divise alors par fractions viriles entre les cohéritiers. Seulement, ceux d'entre eux qui sont institués conjointement, c'est-à-dire dans la même phrase, ne comptent que pour une seule tête et ne prennent qu'une portion. Ainsi le testament porte : *Seïus heres esto; Titius et Mævius heredes sunto;* Titius et Mævius n'ont qu'une moitié, l'autre reste à Séius (f. 59, p. 2, *Dig.*, 28-5).

2° *Plusieurs institués* cum parte. — Le testateur laisse plusieurs institués avec désignation de parts, *cum parte*. Si la somme des parts assignées est égale au tout, on exécute le testament sans difficulté. Cette somme est-elle inférieure à l'unité, on répartit la différence entre les héritiers, conformément à la proportion suivie par le testateur. A l'inverse, la somme des parts assignées dépasse-t-elle l'unité, on sacrifie alors les paroles du testateur à sa pensée, et l'on divise la succession en plusieurs fractions qui soient entre elles dans le même rapport que les portions fixées dans le testament. Il peut arriver ainsi que le mot *uncia*, au lieu de signifier un douzième, signifie un vingt-quatrième, un trente-sixième; c'est lorsque le testateur en a distribué plus de douze, plus de vingt-quatre, etc. Dans ce cas, l'hérédité elle-même s'appelle *dupondius*, *tripondius*, etc., comme formée de deux, trois as, etc. (*Inst.*, p. 5, 8, *hic*).

3° *Plusieurs institués* cum *et* sine parte. — Le testateur laisse plusieurs institués, les uns *cum parte*, les autres *sine parte*. Alors de deux choses l'une : tantôt le testateur n'a pas distribué toute l'unité, et c'est le restant qui doit appartenir aux institués *sine parte*. Tantôt le testateur a consommé ou dépassé l'unité, et l'on suppose qu'il a voulu diviser l'hérédité en deux ou trois as, suivant les besoins ; l'excédant du premier as s'impute sur le second, du second sur le troisième, et ce qui reste ainsi vacant sur le second ou le troisième appartient aux institués *sine parte*. Cette pluralité d'as n'est d'ailleurs qu'une supposition nécessaire pour fixer les parts non désignées par le testateur ; la portion de chacun une fois connue, on réduit le tout à un seul as, *omnes partes ad assem posteà revocantur*, dont les fractions sont alors des 1/24 ou des 1/36 (*Inst.*, p. 8, *hic*).

495. **Partage.** — La réalisation pratique de ces calculs, c'est le partage.

Suivant une ancienne règle consacrée par les Douze Tables et qui n'a jamais varié, le partage a lieu de plein droit pour les créances et les dettes de la succession. En d'autres termes, après l'adition, chacun des cohéritiers se trouve, proportionnellement à sa quote-part héréditaire, investi d'une part de chaque créance et tenu d'une part de chaque dette, comme si toutes ces portions eussent été distinctes et séparées dès le principe (C. 6, *Cod.*, 3-36).

Quant aux choses corporelles de l'hérédité, elles ne se partagent pas de plein droit, et deviennent indivises à la suite de l'adition faite par plusieurs héritiers. Mais chacun d'eux a la faculté de provoquer le partage; est nulle toute convention qui tendrait à maintenir l'indivision pour un temps illimité. Le partage n'est au fond qu'un échange. Il s'opère, soit à l'amiable par des modes d'acquérir réciproquement employés, soit en justice par voie d'*adjudicatio*. Dans cette seconde hypothèse, il intervient sur l'action *familiæ erciscundæ*, qui sera plus tard approfondie.

D'après notre loi française, le partage est *déclaratif* ou *rétroactif*, en ce sens que chacun des copartageants est censé avoir eu, dès le commencement de l'indivision, la propriété exclusive des biens qui lui sont finalement attribués. Le partage romain, au contraire, est simplement *translatif* comme l'échange ordinaire, et ne rétroagit point. Le grand intérêt pratique de cette différence entre les deux législations, c'est que les droits réels dont un cohéritier a pu grever, durant l'indivision, les biens héréditaires qui ne tombent pas dans son lot, étaient valables à Rome et sont nuls aujourd'hui (cfr. Cod. civ, art. 883).

CHAPITRE XLIV

DES SUBSTITUTIONS.

(*Inst.*, II, t. XV, XVI.)

496. Le mot *substitutio* (*sub instituere*) désigne, dans son acception la plus large, une institution qui en présuppose une autre. Le trait commun des substitutions, c'est qu'elles tendent à prévenir certaines chances de mourir intestat, en instituant un ou plusieurs héritiers de précaution, pour le cas où ces chances seraient réali-

sées. Elles ne sont à ce point de vue que des institutions conditionnelles.

A l'époque classique, on distingue la substitution vulgaire et la substitution pupillaire.

§ I

Substitution vulgaire (*Inst.*, II, t. XV).

496 *bis.* Il y a substitution vulgaire, lorsque le testateur, en prévision de l'hypothèse où l'institué répudierait la succession, appelle à son défaut une ou plusieurs autres personnes. Par exemple, le testament est ainsi conçu : *Titius heres esto ; si Titius heres non erit, tunc Mævius heres esto.* Titius, qui occupe le premier degré, est l'institué proprement dit ; Mævius, qui vient au second degré, est le substitué. Mævius lui-même recevrait valablement des substitués, qui seraient au troisième degré, ainsi de suite. Le testateur termine souvent la série des substitutions par un esclave ; il est alors assuré, si tous les autres refusent, d'avoir un héritier nécessaire et de ne pas mourir intestat (*Ulpien*, XXII, 33 ; *Inst.* pr., *hic*).

Nature et forme. — La substitution n'est donc qu'une institution, et dépend de toutes les règles prescrites pour la validité d'une institution quelconque. C'est ainsi que le testateur, s'il n'institue pas ses enfants *in potestate*, est obligé de les exhéréder à l'égard de tous les degrés d'institution et de substitution.

Mais la substitution est une institution conditionnelle ; car le testament la subordonne à la défaillance du précédent appelé. L'hérédité ne se défère donc au substitué qu'après la condition accomplie, en d'autres termes, lorsqu'il est devenu certain que l'institué ne la recueillera pas (f. 69, *Dig.*, 29-2).

497. **Conséquences.** — Il résulte de là quelques règles précises.

1° *Pour que l'hérédité soit déférée au substitué, il doit se trouver encore vivant et capable lors de l'événement de la condition.* Il ne l'acquiert d'ailleurs que par l'adition. Cependant, si la même personne est instituée pour une part et substituée pour une autre, elle n'a pas besoin de renouveler l'adition accomplie en l'une de ces qualités, et la portion qui lui arrive ensuite au second titre lui est acquise de plein droit. Sinon il faudrait, contre la volonté du testateur, appli-

quer les règles qui seront plus tard étudiées de l'accroissement (f. 81, *Dig.*, 29-2).

2° *Lorsque l'institué remplit son degré, on le préfère au substitué;* car la condition de la substitution est alors défaillie. La loi *Ælia Sentia*, comme on l'a vu, déroge à cette règle dans l'intérêt des créanciers; si le testateur mort insolvable a institué son esclave au premier rang, tout substitué peut écarter ce dernier en faisant lui-même adition (*suprà*, n° 22).

3° *Il n'y a pas de concours possible entre l'institué et le substitué*, puisque l'un ne vient qu'à défaut de l'autre. Le droit romain connut quelques exceptions à cette règle ; il suffira d'en signaler deux.

A. Anciennement, l'héritier institué *sub imperfectâ cretione*, qui se contentait d'accepter *pro herede gerendo*, venait en concours avec le substitué que le testateur lui avait donné pour le cas où les paroles de la *cretio* ne seraient pas prononcées. C'est donc que l'acte de gestion ne faisait pas acquérir l'hérédité avec la même énergie que la *cretio*. Cette distinction, déjà ébranlée à l'époque de Gaïus, fut supprimée par Marc-Aurèle, et la *gestio* de l'institué suffit pour exclure entièrement le substitué (Gaïus, II, 177-178; Ulpien, XXII, 34).

B. Le testateur, qui croit libre l'esclave Parthénius, l'institue pour héritier et lui substitue Mævius : *Parthenius heres esto; si heres non erit, Mævius heres esto*. Dans la pensée du testateur, la condition *si heres non erit* ne visait que le cas où Parthénius ne deviendrait pas héritier pour lui-même, ou pour une personne qui l'aurait plus tard sous sa puissance; à ce point de vue, la condition est accomplie, puisque Parthénius ne peut devenir héritier que pour le maître qu'il avait déjà lors du testament. Il faudrait donc appeler le substitué. Mais, d'un autre côté, il n'est pas établi que le testateur n'eût pas également fait l'institution, s'il eût connu la qualité de l'institué; c'est d'ailleurs un principe certain, que l'erreur du testateur sur la qualité du destinataire ne vicie pas les dispositions testamentaires. Il faudrait donc exclure le substitué. Entre ces deux décisions également logiques, le choix est difficile. Tibère en tira la conséquence que l'hérédité devait se partager entre le substitué et le maître de l'institué ; ce maître était l'Empereur lui-même dans l'hypothèse qu'il trancha (*Inst.*, p. 4, *hic*).

4° *Le substitué prend la place juridique de l'institué.* Autrement

dit, il succède à l'actif et au passif qui eussent été la part de l'institué (*Inst.*, p. 21, *hic;* C. 4, *Cod.*, 6-49).

Là surgit une difficulté. Primus, Secundus et Tertius sont institués; à Primus est substitué son cohéritier Secundus, et à Secundus lui-même est substitué Quartus, qui ne figure pas au nombre des institués. Primus et Secundus ne viennent pas à la succession; que va recevoir Quartus? n'aura-t-il comme substitué que la part de Secundus, sauf à partager avec Tertius celle de Primus par droit d'accroissement? ou bien recueillera-t-il seul la part de Secundus et celle de Primus? Cette seconde solution prévalut; elle est devenue la règle *substitutus substituto videtur et instituto substitutus* (*Inst.*, p. 3, *hic*).

En disant que le substitué prend la place de l'institué, on confond le cas où le substitué n'est appelé qu'à ce titre, et le cas où le substitué est en même temps institué. Dans cette dernière hypothèse, le testateur n'a pas seulement pour but d'atténuer autant que possible ses chances de mourir *intestat*, mais encore d'écarter l'application des lois caducaires ou du droit d'accroissement. On s'en rendra facilement compte sur la théorie des *leges caducariæ* et du *jus accrescendi*, commune aux legs et aux institutions.

§ II

Substitution pupillaire (*Inst.*, II, t. XVI).

La substitution pupillaire est une institution d'héritier, faite par un père de famille pour un enfant impubère, en prévision du cas où cet enfant, après lui avoir survécu, viendrait à mourir avant la puberté, c'est-à-dire encore incapable de tester.

498. **Nature et forme.** — Comme toutes les substitutions, celle-ci n'est qu'une institution conditionnelle. Elle dépend même de deux conditions : 1° il faut que l'enfant devienne *sui juris* par le décès du testateur; sinon, il serait inutile d'exercer pour son compte un droit de tester qu'il n'aurait pas; 2° il faut que la mort le surprenne impubère; sinon, il aurait pu exercer lui-même son droit de tester.

A la différence des autres substitutions, la chance de mourir intestat qu'écarte la *substitutio pupillaris* n'est pas personnelle au testateur; c'est un descendant qu'il veut sauver de ce danger. L'usage de cette faculté n'est possible qu'envers les enfants du sang ou adoptifs, actuellement soumis à la puissance immédiate

ou médiate du père de famille, ainsi qu'envers les postumes siens. Il ne l'est pas envers les émancipés (*Inst.* pr., *hic*).

La validité de la substitution pupillaire présuppose que le père de famille teste valablement pour lui-même. Mais on n'exige pas, tout au moins à l'époque des jurisconsultes, qu'il teste au profit de l'impubère. En d'autres termes, la substitution pupillaire n'est qu'un attribut de la *patria potestas,* absolument indépendant de la transmission de l'hérédité paternelle, et qui s'applique indistinctement aux enfants institués ou exhérédés (*Inst.*, p. 4, *hic*).

499. On a dès lors le droit, en se plaçant au temps classique, de concevoir deux systèmes principaux sur la substitution pupillaire. Ils sont admis ensemble dans les textes, et ce n'est pas une des moindres singularités de la matière que cette diversité de principes :

1° *Premier système.* — Il y a disposition de deux hérédités, mais unité de testament. Ce point de vue se reflète dans le langage de Justinien, qui qualifie le *pupillare testamentum* de *pars et sequela testamenti patris.* De là résulte aussi qu'on ne peut tester pour l'impubère sans tester pour soi-même, que l'infirmation du testament paternel entraîne la nullité de la substitution pupillaire, et que le tout peut se faire par un seul et même acte testamentaire, etc. Dans ce dernier cas, la substitution ne doit venir, à peine de nullité, qu'après l'institution pour le compte du père, dont elle n'est qu'une dépendance (*Inst.*, p. 5, *hic;* f. 20, *Dig.*, 28-6).

2° *Second système.* — Il y a deux testaments et deux hérédités. En conséquence, la substitution pupillaire est valablement faite par acte postérieur et séparé, et doit réunir toutes les conditions exigées pour la validité des institutions en général. Il est même admis que l'un des deux actes soit écrit, et l'autre nuncupatif. Dans le même ordre d'idées, lorsque le père fait son testament, il peut n'avoir pas encore en sa puissance l'impubère qui recevra plus tard une substitution pupillaire. Enfin l'institué du père a parfois le *jus capiendi* à son égard, sans l'avoir envers le fils (*Inst.*, p. 3, *hic;* f. 16, p. 1 ; f. 20, p. 1 ; f. 2; f. 6 ; f. 11, *Dig.*, 28-6).

Substitutio compendiosa. — Le testateur opère souvent d'un seul coup, au profit de la même personne, une substitution vulgaire et une substitution pupillaire, notamment dans la forme suivante : *filius meus heres esto ; si heres non erit, aut si decesserit intrà puber-*

tatem, Seius heres esto. Comme cet usage était fréquent, on en vint à le sous-entendre ; et l'on décida que le substitué vulgaire du fils serait en même temps son substitué pupillaire, ou *vice versâ*, hormis le cas d'une disposition contraire du testament (f. 4 pr., *Dig.*, 28-6).

Le père qui laisse plusieurs enfants impubères est maître de donner un substitué pupillaire à chacun d'eux, ou seulement à quelques-uns ; il peut aussi n'en donner qu'au dernier mourant. Il prendra le premier parti, s'il veut qu'aucun de ses enfants ne meure intestat (*Inst.*, p. 6, *hic*).

500. **Extinction.** — On a déjà vu que le testament paternel, en devenant inefficace pour une cause quelconque, entraîne dans sa ruine la substitution pupillaire; mais le moindre effet conservé à l'institution, par le droit civil ou par le droit prétorien, maintiendra la substitution.

Il y a néanmoins des hypothèses où la substitution pupillaire s'évanouit, bien que le testament du père reste valable et soit exécuté. Ces causes d'extinction sont les suivantes : 1° l'impubère meurt ou sort de la famille, du vivant de son père ; 2° il lui a survécu et devient pubère ; le père a même la faculté de fixer, pour la chute de la substitution, un âge inférieur à la puberté, mais non supérieur ; 3° le substitué pupillaire, instruit de sa qualité à la mort du testateur, laisse s'écouler un an depuis cette date sans provoquer la nomination d'un tuteur à l'impubère ; cette déchéance fut édictée dans le Bas-Empire par Théodose et Valentinien (*Inst.*, p. 5, 8, *hic ;* f. 14 ; f. 38, p. 1, 2 ; f. 41, p. 2, *Dig.*, 28-6 ; C. 10, *Cod.*, 6-58).

501. **Conséquences.** — Pour que la substitution pupillaire produise ses effets, elle doit, en s'ouvrant, trouver le substitué vivant et capable. Supposons que le substitué soit un individu dont le testateur pouvait faire pour lui-même un héritier nécessaire, c'est-à-dire son esclave ou son descendant *in potestate ;* il deviendra toujours un héritier nécessaire du pupille, alors même qu'il ne remplirait plus, au moment de l'ouverture de la substitution, les conditions de cette qualité à l'égard de la succession paternelle. A l'inverse, si le substitué pupillaire est un individu dont le testateur ne pouvait faire pour lui-même un *necessarius,* il sera toujours héritier externe du pupille, et conséquemment libre d'accepter ou de répudier.

Telle est du moins la doctrine probable des grands juriscon-

sultes classiques, qui admettaient le substitué à faire adition de l'hérédité de l'impubère, après avoir répudié celle du père, et réciproquement. Ce n'était là qu'une déduction pratique de la théorie qui reconnaissait l'indépendance des deux hérédités. Justinien a eu le tort de revenir en arrière et de consacrer, sur cette question spéciale, l'avis contraire de Nératius, qui voyait dans l'hérédité de l'impubère un simple accroissement de l'hérédité du père, et des deux ne faisait qu'une (f. 12, *Dig.*, 28-6 ; f. 59, *Dig.*, 29-2 ; C. 20, *Cod.*, 6-30).

Actif recueilli par le substitué. — En principe, le substitué recueille tous les biens de l'impubère, non-seulement ceux qui avaient été compris dans la succession paternelle, mais encore ceux que lui avait procurés une cause quelconque depuis sa libération de puissance. Cette règle reçoit une exception remarquable. L'impubère, devenu *sui juris* par la mort du père, a été donné en adrogation ; il est ensuite redevenu *sui juris* par la mort de l'adrogeant ; enfin il meurt lui-même avant la puberté. Si deux substitutions pupillaires ont été faites, l'une par le père, l'autre par l'adrogeant, la première embrassera tout ce que l'adrogeant a dû promettre de restituer aux ayants droit de l'impubère pour le cas où *decesserit intrà pubertatem ;* la seconde embrassera tout ce qui est advenu à l'impubère en vertu de l'adrogation, c'est-à-dire la succession même de l'adrogeant s'il a été institué, la quarte Antonine s'il a été exhérédé, etc. Les parts respectives des deux substitués pupillaires sont ainsi déterminées (f. 10, p. 6, *Dig.*, 28-6 ; *suprà*, n°s 72, 73).

Passif qui grève le substitué. — Les charges qui pèsent sur le substitué pupillaire sont les dettes et les legs. 1° Il supporte, en même temps que les dettes de l'impubère, celles qui grevaient le patrimoine du testateur, si l'impubère a été institué et n'a pas usé du bénéfice d'abstention. Lorsque le pupille s'est abstenu, le substitué qui n'a pas lui-même recueilli le patrimoine du testateur profite de l'abstention, tout au moins dans l'opinion prédominante. 2° Quant aux legs, le substitué pupillaire n'en peut avoir à payer, si le patrimoine du testateur ne lui parvient directement ou indirectement, c'est-à-dire s'il n'est pas lui-même l'héritier du père, et si l'impubère a été exhérédé. Mais lorsque l'impubère a été institué par le testateur, ou qu'il a rendu son exhérédation inutile par la *bonorum possessio contrà tabulas,* ou que le substitué a été l'héritier du

père, les legs grèvent le substitué dans une proportion qui change avec les cas ; on s'en rendra compte sur la théorie générale des legs (f. 42, *Dig.*, 29-2; f. 11, p. 5, 7, 8, *Dig.*, 35-2 ; f. 126, p. 1, *Dig.*, 30).

§ III

Substitution exemplaire ou quasi-pupillaire.

502. L'impuberté n'est pas la seule cause qui supprime l'exercice du droit de tester ; la folie a le même effet. Cependant l'usage de tester pour un fou n'était pas normal ; il fallait en obtenir de l'Empereur la permission spéciale. Justinien généralise cette faveur, et autorise tout ascendant à faire désormais une institution d'héritier pour son descendant fou, en vue du cas où il mourrait sans avoir recouvré la raison. C'est une troisième sorte d'institution, que les commentateurs ont appelée *exemplaire* ou *quasi-pupillaire*, à cause de sa ressemblance avec la précédente (*Inst.*, p. 1, *hic ;* C. 9, *Cod.*, 6-26).

Soumise aux mêmes règles que la substitution pupillaire, elle s'en distingue néanmoins par deux graves différences. 1° Ce n'est plus sur la puissance paternelle qu'est fondé le droit de substituer, mais sur l'affection naturelle et le devoir du sang. Il appartient donc à tous les ascendants ou ascendantes de la ligne paternelle ou maternelle ; il suffit que le fou compte au nombre de leurs héritiers *ab intestato*. Là se posent deux questions insolubles : Justinien a-t-il entendu donner ce droit cumulativement à tous les ascendants ? et si l'on admet que chacun d'eux peut nommer un substitué, comment déterminer les parts des divers substitués ? 2° Le testateur doit prendre le substitué quasi-pupillaire parmi les descendants du fou, et, quand il n'en a point, parmi ses frères ou sœurs ; ce n'est qu'à défaut de ces parents que le choix est entièrement libre, comme il l'eût été dans la substitution pupillaire.

On signale ordinairement une troisième différence. La substitution quasi-pupillaire, dit-on, ne vaut qu'à la condition pour le testateur de laisser au descendant sa quarte légitime, et cette nécessité ne pèse pas sur la substitution pupillaire. La vérité est que Justinien, dans sa constitution, parle de la légitime que le testateur est forcé de laisser à ses enfants ; sans être indispensable à la validité initiale du testament, elle empêche la plainte d'inofficiosité qui la ferait tomber, et qui entraînerait la substitution dans

sa ruine. Or, à ce point de vue, les substitutions pupillaire et quasi-pupillaire sont exactement sur la même ligne.

La substitution quasi-pupillaire s'éteint par la cessation définitive de la folie (1).

CHAPITRE XLV

DES CHARGES IMPOSÉES PAR LE TESTATEUR A L'HÉRITIER.

(*Inst.*, II, t. XX-XXIV.)

503. Avant de passer aux hérédités légitimes, les Institutes s'occupent des legs et des fidéicommis, c'est-à-dire d'acquisitions qui ne sont pas toujours faites *per universitatem* et semblent étrangères à notre matière actuelle. Mais cette digression a pour raison d'être l'impérieux besoin d'achever l'exposition des règles du testament (*Inst.* pr., *hic*).

Car, à l'époque classique, le testateur peut imposer à son héritier deux espèces de charges, qui sont les legs et les fidéicommis.

Ressemblances. — Le legs et le fidéicommis présentent les ressemblances suivantes : 1° en principe, ils n'emportent pas continuation de la personne du défunt par le destinataire; 2° ils constituent des libéralités de dernière volonté; ils restent donc inefficaces et révocables jusqu'à la mort du disposant, et ne sauraient aboutir directement à mettre en perte le gratifié qui les accepte; 3° ils émanent du *de cujus* lui-même, non de l'héritier, qui n'est en conséquence tenu de les exécuter qu'*intrà vires successionis*.

Différences. — Mais il existe entre eux de profondes différences : 1° le legs n'est valablement fait que par testament, ou par un codicille confirmé qui équivaut au testament, tandis qu'un acte quelconque de dernière volonté, fût-ce un codicille non confirmé, peut contenir un fidéicommis; 2° le legs, à l'exemple de l'institution d'héritier, est conçu dans une formule impérative, tandis que la formule du fidéicommis est précative; 3° le testateur n'a droit de charger du legs que les institués ou quelqu'un d'entre eux, tandis que le fidéicommis est régulièrement imposé à quiconque

(1) On signale quelquefois une quatrième espèce de substitution, qui n'est au fond que le fidéicommis. C'est d'ailleurs celle que proscrit notre Code civil (art. 896; *infrà*, n° 524).

reçoit du *de cujus* une disposition de dernière volonté, c'est-à-dire à l'institué, au légataire, à un autre fidéicommissaire ; on a même la faculté d'y soumettre un héritier *ab intestato*, parce qu'il est censé tenir du défunt la succession que ce dernier ne lui a pas enlevée (*Ulpien*, XXIV,1 ; XXV,1 ; *Gaïus*, II, 270-271).

Le temps affaiblit graduellement ces dissemblances, jusqu'à Justinien qui les efface et finit par fondre ensemble les legs et les fidéicommis. Il est néanmoins indispensable de tracer isolément les tableaux de ces deux célèbres institutions, si distinctes dans la législation de la grande époque.

SECTION PREMIERE

DES LEGS (*Inst.*, II, t. XX-XXII).

Le legs est une libéralité de dernière volonté, faite en forme impérative dans un testament (ou dans un codicille confirmé), et mise à la charge d'un ou de plusieurs institués. Les Institutes, en le définissant *donatio quædam à defuncto relicta*, sans indiquer la nécessité d'une institution, le considèrent dans le dernier état du droit et ne le séparent pas du fidéicommis (*Inst.*, p. 1, *hic*).

§ I

Classification des legs.

Les testateurs peuvent employer diverses formules de legs.

504. **Des quatre espèces de legs du droit classique.** — Les Romains ramenaient à quatre toutes les manières de léguer, et distinguaient quatre catégories de legs, *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo*, *per præceptionem*. On doit les ranger en deux groupes. Les legs *per vindicationem* et *per damnationem* sont des legs de propriété ; le testateur y confère directement au légataire la propriété de la chose léguée. Les legs *per præceptionem* et *sinendi modo* sont des legs de créance; le testateur investit le légataire d'une créance à poursuivre contre l'héritier. Dans l'un et l'autre de ces deux groupes, le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem* sont le type principal.

Legs *per vindicationem*. — Ce legs est conçu dans une formule énergique : *Lucio Titio Stichum do lego ;* ou bien *Lucius Titius Stichum sibi habeto*, etc. (*Gaïus*, II, 193).

A raison de l'effet qu'il doit produire, ce legs ne s'applique valablement qu'aux choses dont la propriété quiritaire appartient au testateur, soit à la double époque du testament et de la mort, si le legs est d'un corps certain, soit à l'époque de la mort seulement, si le legs est de quantités. Il exclut donc la chose d'autrui, la chose qui est simplement *in bonis testatoris*, et les fonds provinciaux.

Le légataire acquiert de plein droit la propriété de l'objet légué, sans en demander le transfert à l'héritier. Sur le seul fondement du legs, on l'admet à revendiquer; ainsi s'explique le nom de legs *per vindicationem*. Mais à quel moment précis la propriété passe-t-elle directement du patrimoine du testateur dans le patrimoine du légataire? Il y eut sur ce point de vives dissidences entre les deux sectes Proculienne et Sabinienne; cette dernière troimpha dans les deux cas de legs pur et simple et de legs conditionnel : 1° au premier cas, le légataire acquiert la propriété dès l'instant où l'héritier fait adition; l'acceptation ou la répudiation ultérieure du légataire confirme ou supprime rétroactivement ce résultat, qui a pu se produire à son insu. C'est là ce qu'on exprime en disant que le *dominium* de la chose léguée reste *in pendenti* depuis l'adition jusqu'à la manifestation de volonté du légataire; 2° au second cas, la propriété provisoire appartient à l'héritier *pendente conditione*, et passe au légataire, sans rétroactivité, par l'effet de la condition accomplie (*Gaïus*, II, 195, 200; f. 8, *Dig.*, 12-1; f. 66, *Dig.*, 6-1).

Le legs *per vindicationem* est donc, en définitive, un mode d'acquérir; on le fait rentrer d'habitude dans la *lex* (*suprà*, n° 173). Il sert à la constitution de tous les droits réels civils, servitudes prédiales ou personnelles; mais il reste inapplicable aux droits réels de source prétorienne, ainsi qu'aux créances.

Legs *per præceptionem*. — La formule de ce legs, *Lucius Titius Stichum præcipito*, impliquait dans sa lettre un avantage par préciput accordé à un héritier (*præcipere*, prendre hors part). Aussi, dans l'opinion des Sabiniens, n'était-il possible qu'en faveur de l'un de plusieurs institués, sur un objet héréditaire, et se poursuivait-il par l'action *familiæ erciscundæ*. Les Proculiens, moins rigoureux, prennent le mot *præcipere* dans le sens de *capere*, et assimilent le legs *per præceptionem* au legs *per vindicationem*. Ils ne l'en distinguent que par deux règles : 1° fait au profit d'un héri-

tier, il peut porter sur une chose que le testateur avait seulement *in bonis* au moment de sa mort; car le destinataire en obtiendra l'exécution par l'action *familiæ erciscundæ* qui lui appartient contre ses collègues ; 2° fait au profit d'un étranger, il exige bien que le testateur ait eu la propriété quiritaire lors du décès, mais non pas au jour du testament. C'est la doctrine des Proculiens qui l'emporta (*Gaïus*, II, 221-222; C. 12, *Cod.*, 6-37).

Legs *per damnationem.* — Ce legs apparaît à l'origine sous l'image d'une condamnation : *heres meus damnas esto dare*, *facere ;* de là son nom. On finit par admettre des formules équivalentes (*Gaïus*, II, 201).

Ici le légataire n'acquiert pas directement un droit réel sur la chose léguée; il n'obtient qu'une créance contre l'héritier, soit à l'instant de l'adition, soit à l'événement de la condition. Cette créance l'investit d'une action purement personnelle, la *condictio ex testamento*, pour réclamer le *dare* ou le *facere* mis à la charge de l'héritier. Cette action croît au double *per infitiationem.*

Le legs *per damnationem*, en raison du droit qu'il engendre, est donc applicable à tout ce qui peut devenir l'objet d'une obligation, chose du testateur, de l'héritier ou d'autrui, chose future, simple fait, etc. C'est le plus large de tous les legs, le legs par excellence, *optimum jus legati* (*Gaïus*, II, 197, 201-204, 213).

Legs *sinendi modo.* — Ce legs est louche dans ses termes : *heres meus damnas esto sinere Lucium Titium sumere sibique habere.* Cette formule suppose que l'héritier a par devers lui la chose léguée. Le legs *sinendi modo* est donc moins large que le legs *per damnationem* et ne frappe pas valablement la chose d'autrui. Mais il est moins étroit que le legs *per vindicationem* et porte régulièrement sur toutes choses qui sont, au moment de l'ouverture de la succession, dans le patrimoine du testateur ou de l'héritier, sans distinction entre lapropriété quiritaire ou bonitaire et les fonds provinciaux. Sur ce point il n'y avait nulle discussion.

Des auteurs soutenaient de plus, en s'inspirant toujours de la formule du legs, que l'héritier n'avait qu'une sorte d'obligation passive plutôt qu'active; ils ne reconnaissaient au légataire que le droit de se mettre lui-même en possession et d'usucaper. Cette logique à outrance avait prévalu peut-être dans les premiers temps; mais les jurisconsultes classiques adoptèrent une solution plus pratique, et donnèrent contre l'héritier, de même qu'en vertu d'un

legs *per damnationem*, l'action personnelle *extestamento* pour le forcer à la translation de propriété (*Gaïus*, II, 209, 219, 214).

505. **Réformes sous l'Empire.** — Cette théorie primitive des legs avait un visible défaut; c'était de subordonner le fond à la forme et d'enchaîner trop étroitement la volonté du testateur à ses paroles.

Le sénatus-consulte Néronien, rendu sous le règne de Néron (vers l'an 817 de Rome, 64 de J.-C.), décida que tout legs, dont la nullité ne tiendrait qu'à l'impropriété de la formule, aurait désormais la valeur d'un legs *per damnationem*. Étaient ainsi validés, par exemple, le legs *per vindicationem* de la chose d'autrui, et pour les Sabiniens le legs *per præceptionem* d'une chose non héréditaire. Par contre-coup, le légataire avait à plus forte raison le droit de considérer comme fait *per damnationem* tout autre legs valable, et de substituer à l'action en revendication ou *familiæ erciscundæ* la *conditio ex testamento*, s'il y trouvait avantage (*Ulpien*, XXIV, 11; f. 84, p. 13; f. 85; f. 108, p. 2, *Dig.*, 30).

Plus tard, en 339, une décision des fils de Constantin permit de faire en termes quelconques chacun des quatre legs; on les débarrassait de leurs formules solennelles, pour ne s'attacher plus qu'à l'intention du testateur (C. 21, *Cod.*, 6-37).

506. **Unification des legs par Justinien.** — Une constitution fameuse de Justinien vint enfin supprimer les distinctions précédentes et confondre dans une classe unique tous les legs, désormais investis d'effets uniformes (*Inst.*, p. 2, *hic;* C. 1, *Cod.*, 6-43).

Le légataire peut dorénavant poursuivre son legs par trois actions, la *rei vindicatio*, la *condictio ex testamento* et l'*actio hypothecaria*. La revendication rend inutile toute autre action et dérobe le légataire, en sa qualité de *dominus*, au concours des créanciers de l'héritier, sans qu'il ait besoin d'invoquer la *bonorum separatio*. Mais, par la force même des choses, elle ne résulte que du legs d'un corps certain dont la propriété appartenait au testateur, et l'action personnelle reste seule possible dans le cas où le legs porte sur un fait, sur la chose d'autrui, sur un genre qui manque dans la succession, etc. Lorsque les deux actions compètent ensemble au légataire, il est toujours libre de choisir entre elles, et son choix n'a rien d'irrévocable; c'est une exception à la règle qu'on n'est pas admis à *condicere rem suam* (*Inst.*, IV, t. VI, p. 14).

Quant à l'action hypothécaire, elle confirme et développe, par

un droit de suite, le droit de préférence que la *bonorum separatio* classique procurait au légataire contre les créanciers de l'héritier. Cette hypothèque se fonde sur une présomption de volonté du testateur. Elle est spéciale, en ce sens qu'elle frappe seulement les biens du défunt, non les biens personnels de son successeur. S'il y a plusieurs institués, chacun d'eux n'est hypothécairement tenu que jusqu'à concurrence de la portion qu'il supporte personnellement dans la dette du legs. Mais, après le partage, il n'en sera plus de même; car toute chose héréditaire, mise dans le lot d'un cohéritier, s'y trouvera grevée de l'hypothèque pour la propre part de ce dernier dans le legs, et pour les parts que devaient supporter les cohéritiers dont il est l'ayant cause. Le partage, en effet, n'est que translatif dans la loi romaine (*suprà*, n° 495).

§ II

De l'ouverture et de l'acquisition des legs; *dies cedit, dies venit.*

507. Les deux locutions *dies cedit* et *dies venit* ont une portée précise. *Dies venit* (le terme est venu) signifie toujours que le droit est exigible, dans les obligations contractées entre-vifs aussi bien que dans les legs.

Pour le légataire, le moment où *dies venit*, c'est l'adition; néanmoins, s'il y a terme ou condition, la modalité doit se trouver accomplie. Il est bien entendu que l'adition coïncide avec la mort, lorsque l'héritier est nécessaire (f. 21, *Dig.*, 36-2).

Dies cedit (le terme s'avance) signifie, dans les obligations contractées entre-vifs, que le droit, sans être encore exigible, a du moins une existence dores et déjà certaine. Dans les legs, la *diei cessio* n'est que le moment de la fixation éventuelle du droit; ce n'est qu'une ouverture précaire et provisoire de la vocation du légataire (f. 213, *Dig.*, 50-16).

507 *bis*. **Intérêts pratiques de la** *diei cessio*. — Il importe de marquer avec exactitude l'instant où s'opère la *diei cessio*. 1° Le legs resterait inefficace, si le légataire n'était pas vivant et capable au *dies cedens*. 2° Le droit éventuel du légataire porte sur la chose telle qu'elle est au *dies cedens*. La gravité de cette remarque apparaît vite, si l'on suppose notamment que l'objet était une *universitas*, comme un pécule, un troupeau, qui a pu s'accroître ou diminuer depuis cette époque. 3° Quand le légataire est sous la puissance de

Primus lors de la *diei cessio*, il aura beau devenir *sui juris* ou changer de *paterfamiliâs;* c'est au profit de Primus ou de ses héritiers que le droit s'est fixé. 4° L'effet le plus important du *dies cedens*, c'est de rendre transmissible le droit éventuel du légataire. S'il meurt avant que l'adition de l'hérédité lui ait permis de le réaliser, ses héritiers ou successeurs universels pourront le recueillir à sa place ; car il eût été injuste de l'exposer à perdre le legs par son décès avant l'adition d'hérédité, qui ne dépend pas de lui (f. 4 ; f. 5 pr., et p. 7, *Dig.*, 36-2; *Ulpien*, XXIV, 30 ; *Inst.*, p. 17, 20, *hic*).

508. **Moment de la** *diei cessio*. — Pour marquer le moment de la *diei cessio*, on distingue entre les legs purs et simples ou à terme d'une part, et d'autre part les legs conditionnels. Le legs est-il pur et simple ou à terme : l'ancien droit et le droit de Justinien placent le *dies cedens* à la mort du testateur. On verra, sur la théorie des lois caducaires, qu'une disposition spéciale l'avait reculé dans le droit classique jusqu'à l'ouverture du testament, *apertura tabularum* (*Ulpien*, XVII, 1 ; XXIV, 31 ; C. 1, *Cod.*, 6-51).

Le legs est-il conditionnel ? quand la condition se trouve encore pendante lors du décès, le *dies cedens* est le jour de sa réalisation. Quand le légataire meurt *pendente conditione*, ses héritiers ne recueillent pas la libéralité dont il n'avait que l'espérance, et qui ne leur était pas adressée ; c'est ici l'une des principales différences entre les testaments et les contrats, sous le rapport de la condition (f. 5, p. 2 ; f. 21, *Dig.*, 36-2 ; *suprà*, n° 292).

Exceptions. — Ces règles reçoivent quelques exceptions nécessaires.

Entre autres cas, supposons un esclave que son maître affranchit par testament, en lui faisant un legs. Si la *diei cessio* avait lieu au jour de la mort, le legs serait nul, parce que l'héritier qui en est débiteur en deviendrait créancier par l'intermédiaire de l'esclave ; or ces deux qualités de créancier et de débiteur sont incompatibles. On recule donc le *diei cedens* jusqu'au moment de l'adition ; car à cette époque l'esclave deviendra libre, et le droit au legs prendra naissance à son profit (*Inst.*, p. 20, *hic ;* f. 7, p. 6 ; f. 8 ; f. 17, *Dig.*, 36-2).

Supposons de même un legs d'usufruit, d'usage ou d'habitation. Le *dies cedit* est ici confondu avec le *dies venit*. En effet, on le reporte, si le legs est pur et simple, au jour de l'adition, et, si le legs est à terme ou conditionnel, au jour de l'échéance ou de l'accom-

plissement, après l'adition. La raison en est que ces servitudes sont exclusivement attachées à la personne du titulaire, et que sa mort ou sa *capitis deminutio* éteint son droit à les réclamer, aussi bien qu'elle les éteindrait une fois constitués. Dès lors, il était préférable de fixer le *dies cedens* à l'instant même où le légataire pouvait entrer en jouissance. D'une part, il n'importait nullement aux héritiers du légataire que la *diei cessio* fût effectuée plus tôt, puisqu'elle n'aurait pas produit en leur faveur son effet ordinaire de rendre le legs transmissible. D'autre part, il importait beaucoup au légataire qu'on la retardât, puisqu'il échappait ainsi au danger de se voir dépouillé par une *capitis deminutio* antérieure à l'adition (*Fr. Vat.* 60 ; f. 2, 3, 5, p. 1, *Dig.*, 36-2).

§ III

Conditions de la validité des legs.

509. La théorie de l'institution d'héritier s'applique en général à la confection des legs.

Place, modalités et motifs. — *Place.* — Bien que le sénatus-consulte Néronien eût tempéré la rigueur des formules dans la législation classique des legs, une règle gênante subsista jusqu'à Justinien. Il fallait, sous peine de nullité, que tout legs précédât l'institution dans le testament ; on en donnait la raison que, pour supporter cette charge, un héritier est indispensable, et qu'il n'y a pas d'héritier avant l'institution. Ce principe ne fléchissait pas même dans le legs de liberté. Justinien le supprima dès l'année 528, en décidant qu'il n'y aurait plus d'ordre matériel à suivre entre les dispositions du testament (*Gaïus*, II, 229, 230; C. 24, *Cod.*, 6-23; *Inst.*, p. 34, *hic*).

Terme et condition. — Les modalités suspensives, terme *à quo* et condition *sub quâ*, sont librement admises dans les legs. Quant aux modalités résolutoires, terme *ad quem* et condition *ad quam*, elles entraînaient la nullité du legs dans le droit des jurisconsultes ; car on se rappelle que la propriété ne pouvait se transférer valablement *ad tempus*, et l'on n'avait pas ici, pour réputer ces modalités non écrites, le même motif qu'en matière d'institution, c'est-à-dire la crainte d'ouvrir la succession *ab intestato*. Mais Justinien reconnut l'efficacité de ces modalités résolutoires. Par une

autre dérogation à l'ancienne jurisprudence, qui ne tolérait pas qu'une obligation pût naître activement ou passivement dans la personne d'un héritier, Justinien valida les legs faits, soit pour une époque postérieure à la mort (*post mortem*) de l'héritier ou du légataire, soit pour la veille de leur mort (*pridiè quàm heres* ou *quàm legatarius moriatur* (C. 26, *Cod.*, 6. 37 ; C. 11, *Cod.*, 8-38 ; *Inst.*, p. 35, *hic*).

Pour les détails spécialement relatifs à la condition, il suffit d'appliquer ici les règles des institutions conditionnelles (*suprà*, nos 457-459).

Il est nécessaire de mentionner la *cautio legatorum*, sûreté que le droit prétorien accorde au légataire à terme ou sous condition. Car, à la différence d'un créancier par acte entre-vifs, il n'a pu exiger aucune garantie de son débiteur, et se trouvera peut-être, lors de l'exigibilité de son droit, en présence d'un héritier insolvable ou récalcitrant. Or la *cautio legatorum* consiste dans une promesse personnelle de l'héritier, laquelle prévient tout débat ultérieur de sa part, et dans une satisdation, qui efface le danger de son insolvabilité. Le refus de cette sûreté entraîne un envoi du légataire en possession des biens de la succession ; cet envoi, purement conservatoire, ne le met pas *in causâ usucapiendi* (f. 1 pr., *Dig.*, 36-3 ; C. 7, *Cod.*, 6-54).

Motifs. — Le legs a sa cause dans un sentiment de bienveillance pour le légataire. Dès lors, il n'a nul besoin de reposer sur un motif précis, et l'indication même d'un motif inexact ne le vicie pas ; c'est la règle *legato falsa causa non nocet*. Par exception, si les termes du testament ou quelque autre circonstance laissaient entendre que le testateur a subordonné le legs au motif indiqué, le légataire pourrait échouer contre une exception de dol (*Inst.*, p. 31, *hic.* ; f. 72, p. 6, *Dig.*, 35-1).

En vertu de la même idée, était nul le legs laissé *pœnæ nomine*, c'est-à-dire moins pour gratifier le légataire que pour imposer à l'héritier un fait actif ou passif. Cette nullité devait soulever bien des contestations ; il n'était pas aisé de reconnaître, dans la pratique, si le testateur avait voulu faire le legs à titre de peine ou seulement sous condition. Aussi Justinien eut-il raison d'abroger cette règle, qui remontait probablement au règne d'Antonin le Pieux ; il rétablit l'ancien droit et consacra toutes les dispositions faites par testament *pœnæ nomine*, à moins qu'elles n'eussent pour

objet de pousser à l'accomplissement d'un acte illégal ou immoral (C. 1, *Cod.*, 6-41 ; *Inst.*, p. 36, *hìc*).

510. **Des personnes dans les legs.** — Le legs suppose trois personnes : le disposant, le légataire et le grevé.

Du disposant. — La capacité du disposant se confond avec la *factio testamenti* active, puisque le legs se fait par testament (*suprà*, nᵒ 460-463).

Du légataire. — D'un autre côté, le légataire doit avoir la *factio testamenti* passive avec le testateur, au moment précis de la confection du legs. Comme on n'exige pas que l'institué reste capable depuis le testament jusqu'à la délation de l'hérédité, de même il est indifférent que le légataire perde sa capacité par la suite, pourvu qu'il la recouvre avant la *diei cessio* (*Inst.*, p. 24, *hìc*).

Cette règle exclut jusqu'à Justinien les personnes incertaines, notamment les postumes externes. Cependant les exceptions étaient ici plus faciles qu'en matière d'institution. Ainsi les cités n'obtinrent la *factio testamenti* qu'au temps de l'empereur Léon, et néanmoins elles purent recueillir un legs dès l'époque de Nerva et d'Adrien ; les corporations autorisées furent investies du même droit par Marc-Aurèle (*Inst.*, p. 25 à 27, *hìc; Ulpien*, XXIV, 28 ; f. 20, *Dig.*, 34-5).

De l'héritier. — L'héritier se trouve dans une position spéciale. Quoique doué de la *factio testamenti*, et capable par conséquent d'être légataire, il ne peut toutefois recevoir un legs dont il serait lui-même tenu ; car il n'en saurait avoir à la fois la charge et le profit, la dette et la créance. Mais si le testateur institue plusieurs héritiers, il est libre d'avantager l'un d'eux par un legs, appelé *prælegatum*, qui s'exécutera pour les fractions imposées aux cohéritiers du légataire, et restera nul dans la mesure de la part qui lui incombe à lui-même (*Ulpien,* XXIV, 22).

Pour le même motif, on ne peut faire non plus de legs à l'esclave de l'héritier, si l'on ne lui laisse en même temps la liberté par fidéicommis.

Enfin le grevé du legs est nécessairement un institué, jusqu'à l'époque où Justinien généralise à cet égard les règles du fidéicommis. Mais nul ne doit subir de legs au delà de ce qu'il retire de la succession, et si l'héritier renonce à l'hérédité, il fait cesser en principe la cause de son obligation (*Inst.*, II, t. XXIV, p. 1 ; f. 122, p. 2, *Dig.*, 30).

511. **De l'objet des legs.** — Un legs n'a valablement pour objet que les choses susceptibles d'entrer dans le patrimoine du légataire. Est donc nul *ab initio* tout legs : 1° d'un fait illicite ou immoral ; 2° d'une chose qui n'est plus ou qui ne saurait être, par exemple, d'un esclave mort ou d'un hippocentaure ; 3° d'une chose qui est hors du commerce, soit d'une manière absolue, soit à l'égard du légataire seulement. Au premier cas, le legs est un néant juridique, et rien n'en couvre la nullité, pas même la circonstance qu'il est fait sous la condition de la rentrée de la chose dans le commerce. Au second cas, rien ne s'oppose à ce qu'on lègue sous une condition, si le légataire est devenu, lors de l'accomplissement de cette dernière, capable d'acquérir l'objet de la disposition (*Inst.*, p. 7, *hic;* f. 41, p. 2 ; f. 112, p. 8, *Dig.*, 30 ; f. 18 ; f. 49, p. 2, *Dig.*, 31).

La nullité du legs empêche le légataire de réclamer non-seulement la chose léguée, mais encore son estimation.

512. *Legs de choses corporelles.* — 1° Le legs de choses corporelles peut avoir pour objet une chose future, comme l'enfant qui naîtra de telle esclave, la récolte que donnera tel fonds, etc. Il est alors affecté nécessairement d'une condition tacite, et ne saurait, dans le droit classique, valoir comme legs *per vindicationem ;* car la chose léguée n'a pas appartenu au défunt (*Inst.*, p. 7, *hic ; Gaïus*, II, 203).

2° Le legs de choses corporelles est d'une quantité, d'un *genus*, quand il porte sur une chose déterminée seulement dans son genre, comme une somme d'argent, vingt mesures de blé, un esclave en général, deux bêtes à prendre dans un troupeau, etc. Au temps des jurisconsultes, ce legs fait *per vindicationem* attribuait le choix au légataire, entre les corps de la succession, parce que la revendication implique une désignation précise de ce qu'on réclame. Fait *per damnationem*, il laissait le choix à l'héritier en sa qualité de débiteur, et l'exercice n'en était plus restreint aux choses comprises dans l'hérédité. Sous la législation de Justinien, à défaut d'une volonté contraire du testateur, le concours des actions assure toujours au légataire l'option que lui donnait auparavant la revendication, pourvu que l'objet du legs ne manque pas absolument dans la succession. Mais le légataire n'a jamais pu exiger une chose de la meilleure qualité, ni l'héritier l'imposer de la pire (*Ulpien*, XXIV, 14 ; *Inst.*, p. 22, *hic;* f. 37, *Dig.*, 30).

3° Le legs de choses corporelles a le plus souvent pour objet un corps certain. Appliqué à la chose du testateur dans les formes et

sous les conditions qui le rendent *per vindicationem*, il est valable, alors même que le testateur aurait ignoré son droit de propriété ; c'est le principe que la réalité prévaut sur la croyance, *plus valet quod in veritate est, quàm quod in opinione*. Quand la chose léguée appartient au légataire lui-même, on tombe sous l'empire de la règle Catonienne, qui sera bientôt expliquée (*Inst.*, p. 11, *hìc*).

Lorsque le legs de corps certain porte sur la chose d'autrui, il ne renferme en lui-même aucune impossibilité ni physique ni juridique. Il ne sera nul que si le testateur s'est cru propriétaire ; encore cette erreur n'annule-t-elle le legs qu'à la condition d'être exclusive de la volonté de léguer. Or, elle est loin d'avoir toujours ce caractère. 1° Elle ne l'a jamais quand la chose léguée appartient à l'héritier ; car l'héritier n'a pas besoin de l'acquérir pour exécuter le legs. 2° Dans le cas où la chose léguée est la propriété d'un tiers, la question s'élève de savoir si le testateur, instruit de la réalité, aurait fait quand même le legs, en imposant à l'héritier l'obligation d'acheter l'objet; cette question se résout d'après les circonstances, et surtout d'après la personne du légataire; l'affirmative rend le legs valable. Mais la négative est présumée jusqu'à preuve contraire, puisque c'est au légataire, en sa qualité de demandeur, à démontrer la validité du legs (*Inst.*, p. 4, *hìc ;* ff. 67, p. 8, *Dig.*, 31 ; C. 10, *Cod.*, 6-37).

513. *Legs de choses incorporelles.* — Il arrive même que le legs a pour objet, soit un droit réel ou de créance, soit un fait.

Le legs de droit réel s'applique ordinairement aux servitudes prédiales ou personnelles : il en est le mode de constitution le plus fréquent. Cette matière nous est déjà connue ; la seule remarque à faire, c'est qu'après la suppression de toute différence entre le legs *per vindicationem* et le legs *per damnationem*, il n'importe plus que le testateur établisse lui-même la servitude, ou charge son héritier de l'établir.

Legs de créance. — Un créancier peut léguer son droit à un tiers, *legatum nominis*. Ce legs est nul ou s'évanouit, si la créance léguée n'existe pas, ou vient à s'éteindre du vivant du testateur. Il ne vaut jamais *per vindicationem ;* car la revendication est inapplicable aux créances. Il ne transfère pas directement le droit du défunt au légataire, et ne lui donne pas la faculté d'agir de son propre chef contre le débiteur, parce qu'il n'est pas le continuateur de la personne du créancier. L'unique effet d'un tel legs, c'est d'obliger l'hé-

ritier, seul investi de la créance, à faire au légataire une cession d'actions, qu'on réputera consommée s'il la refuse. Mais il n'en garantit pas l'efficacité (*Inst.*, p. 21, *hic;* f. 105, *Dig.*, 30).

Legs de dette. — Un débiteur peut léguer à son créancier ce qu'il lui doit, *legatum debiti.* Ce legs est ordinairement nul, quand il n'y a pas d'obligation ; toutefois cette circonstance ne l'empêche pas de valoir, si le testateur a nettement désigné telle chose comme l'objet de sa prétendue dette ; on dit en ce sens que *falsa demonstratio non nocet* (*Inst.*, p. 15, *hic;* f. 15, *Dig.*, 34-3).

Quand la chose léguée est véritablement due au légataire, le legs n'est valable qu'à la condition de lui procurer un avantage jusqu'alors étranger à son droit de créancier. Tel est le résultat qui se produit, par exemple, lorsque la dette primitive n'était que naturelle, ou productive d'une action temporaire ; le legs la rend civile et lui attache une action perpétuelle. De même, si la dette primitive était à terme ou conditionnelle, le legs la rend immédiatement exigible ou certaine. Dans cette hypothèse, quand la condition accomplie ou le terme échu, du vivant du testateur, faisait perdre au legs l'avantage qu'il devait avoir sur la créance, certains jurisconsultes l'annulaient. Mais la doctrine contraire de Papinien prévalut justement ; en effet, le créancier gagnait toujours à ce legs la chance d'obtenir, s'il était *per damnationem,* une condamnation au double en cas d'*infitiatio*, et, s'il était *sinendi modo*, des intérêts en cas de *mora* (*Inst.*, p. 14, *hic;* f. 5, *Dig.*, 35-2) (1).

Legs de libération. — Le legs de libération s'adresse au débiteur. Émané du créancier lui-même, il ne fait pas disparaître la dette, parce que la loi ne le compte pas dans le nombre rigoureusement déterminé des modes d'extinction des obligations. Mais ce legs produit au fond un résultat analogue, par l'une ou l'autre de deux voies : 1° il fournit au légataire une exception de dol, contre l'action de créance que le droit strict maintient encore à l'héritier ; 2° le légataire peut prendre l'offensive par la *condictio ex testamento*, et réclamer de l'héritier sa libération définitive. Si la dette est à terme ou conditionnelle, l'action du légataire est recevable avant la condition accomplie ou le terme échu ; car ce legs est toujours réputé pur et simple. Le plus souvent, l'héritier doit procéder à l'ex-

(1) Dans ce legs rentre la *relegatio dotis*, ou legs de la dot que le mari fait à sa femme. Il est toujours avantageux, par conséquent toujours valable, comme on le verra dans la théorie générale de la dot.

tinction de sa créance par le moyen direct et radical de l'acceptilation; mais lorsqu'il a d'autres débiteurs coobligés que cet acte libérerait du même coup, le légataire n'est admis à lui demander qu'un pacte personnel *de non petendo*. A la différence de l'acceptilation, qui supprime absolument le droit et l'action, ce pacte ne donne qu'une exception contre la poursuite. Mais il améliore quand même la situation du légataire, parce que l'héritier reconnaît, en y procédant, la validité du legs (*Inst.*, p. 13, *hic;* f. 3, p. 3, *Dig.*, 34-3).

Émané d'un tiers, le legs de libération oblige l'héritier, soit à payer la dette du légataire, soit à lui en rembourser le montant, soit à lui procurer sa libération d'une façon quelconque (*Inst.*, p. 21, *hic*, *in f.*).

La volonté de libérer un débiteur se manifeste quelquefois par de simples indices. L'intention du testateur constitue alors, sinon un legs, du moins un fidéicommis (f. 3, p. 1, *Dig.*, 34-3; C. 17, *Cod.*, 6-42).

513 *bis*. *Legs d'un fait en général, et d'option en particulier.* — Le legs d'un fait est valable, lorsqu'il enjoint à l'héritier de faire, de ne pas faire ou de tolérer des actes qui n'ont rien d'illégal ni d'immoral (f. 112, p. 3-4, *Dig.*, 30).

L'exemple le plus remarquable est le legs d'option. Bien distinct des legs de genre, qui portent sur des choses corporelles et indéterminées, le legs d'option a un objet incorporel; il investit le légataire, ou plus rarement un tiers, de la faculté de choisir un ou plusieurs objets héréditaires, comme un esclave, une bête de somme, un meuble, etc. Les anciens jurisconsultes considéraient cette faculté comme personnelle, et déclaraient le legs éteint par la mort de la personne investie du choix, ou, s'il y en avait plusieurs, par leur dissentiment. Cette terrible logique fut tempérée sous Justinien. 1° Si les colégataires ou les cohéritiers du légataire unique ne s'entendent pas, le droit de choisir sera désormais attribué par le sort à l'un d'entre eux; cette décision présuppose que la mort du légataire n'éteint plus la faculté d'option et qu'elle passe à ses héritiers. 2° Si le tiers désigné pour choisir décède ou refuse, la faculté d'option appartient alors au légataire lui-même, qui ne peut néanmoins l'exercer que sur une chose de moyenne qualité (*Inst.*, p. 23, *hic;* C. 3, *Cod.*, 6-43).

Les actes de disposition faits par l'héritier, antérieurement à l'option, ne sont pas opposables au légataire. Ce dernier est armé

de l'action *ad exhibendum* pour arriver à l'exercice de son droit (f. 4 ; f. 5 ; f. 8, p. 3, *Dig.*, 33-5).

514. *Legs d'une universitas juris.* — Le legs est enfin susceptible d'avoir pour objet une *universitas juris*, c'est-à-dire un ensemble de choses corporelles et incorporelles. Il y en a deux principaux exemples.

Legs d'un pécule. — Un maître peut laisser par legs le pécule à son esclave, en l'affranchissant ou le léguant lui-même à un tiers ; mais cette libéralité ne se présume pas dans l'affranchissement testamentaire. Quand elle a lieu, le *dies cedens* en est reculé jusqu'à l'adition, suivant des principes déjà posés (*suprà*, n° 508), et l'esclave, quoique obligé à payer ses dettes naturelles envers le maître, n'est pas autorisé à recouvrer ses créances naturelles contre la succession. Au contraire, lorsque le legs du pécule s'adresse à un tiers, le tiers exercera ou subira les créances ou dettes naturelles qui existaient entre le maître et l'esclave, et nulle exception n'est apportée aux règles ordinaires de la *diei cessio* (*Inst.*, p. 20, *hic ;* f. 6, p. 4, *Dig.*, 33-8).

Dans aucun cas, les créances ou dettes du pécule envers les tiers ne se transmettent de plein droit au légataire ; elles restent à l'héritier, sous la réserve d'arrangements à prendre entre les deux (ff. 5, 18, *Dig.*, 33-8).

Legs partiaire. — Ce legs, appelé *partitio*, porte sur une quote-part, non de l'hérédité, mais des biens du testateur; dans le silence du testament, elle est de moitié (Ulpien, XXIV, 25).

Cette espèce de legs n'a nullement pour résultat de faire du légataire un continuateur de la personne du défunt, c'est-à-dire un cohéritier. De là découle une conséquence capitale, c'est que les créances et dettes du *de cujus* passent toutes sur la tête de l'institué, seul investi ou tenu des actions héréditaires. Mais il intervient entre eux des stipulations réciproques, nommées *partis et pro parte*, pour assurer au légataire sa part dans le produit de chaque créance, et à l'héritier le remboursement d'une part correspondante dans la charge de chaque dette. En outre, comme le légataire n'est pas institué, il n'a pas de copropriété dans les biens corporels ; les jurisconsultes discutaient, par conséquent, la question de savoir s'il avait droit à sa portion de chaque chose en nature, ou seulement à la valeur en argent. Enfin la répudiation de l'héritier faisait tomber son legs (*Gaïus*, II, 254, 257 ; *Ulpien*, XXV, 15; f. 26, p. 2 ; f. 27, *Dig.*, 30).

On verra qu'à l'époque de Justinien le legs partiaire se confond probablement avec le fidéicommis à titre universel (*Inst.*, II, t. XXIII, p. 5-6).

§ IV

De la délivrance des legs.

515. Le legs n'entre définitivement dans le patrimoine du légataire que par un acte d'acceptation, après l'adition d'hérédité. Cette acceptation est d'ailleurs de même nature que l'adition d'hérédité elle-même, expresse ou tacite, mais non partielle (f. 120, p. 1, *Dig.*, 30; *Paul*, III, t. VI, p. 12).

Le legs, on le sait, frappe la chose telle qu'elle est au moment du *dies cedens*, c'est-à-dire avec les augmentations ou diminutions qu'elle a pu recevoir depuis la confection du testament jusqu'à ce jour; c'est donc en cet état que l'héritier doit la livrer. *A fortiori* le légataire profite-t-il des plus-values naturelles ou fortuites qui surviennent après la *diei cessio*, et souffre-t-il des moins-values non imputables à l'héritier.

Il résulte bien de cette influence du *dies cedens* sur l'objet du legs, que le légataire a droit au rétablissement des servitudes qui grevaient le fonds de l'héritier en faveur du fonds légué *per damnationem*, et que l'adition d'hérédité avait éteintes par confusion. Mais il est possible, au contraire, que la chose léguée soit elle-même grevée d'un droit réel. S'agit-il de servitudes prédiales, le légataire doit les supporter, à moins que le fonds ne lui ait été laissé *uti optimus maximusque*. S'agit-il d'un usufruit, l'héritier doit en payer la valeur au légataire ou le racheter, à moins que le testateur n'en ait ignoré l'existence (f. 116, p. 4; f. 69, p. 3, *Dig.*, 30; f. 66, p. 6; f. 76, p. 2, *Dig.*, 31).

Pour l'hypothèque, qui préoccupe seule les Institutes, l'héritier est tenu d'en dégrever l'objet légué, si le testateur l'a connue; dans le cas contraire, elle reste à la charge du légataire. Cette distinction repose sur l'intention présumée du testateur; il est donc permis aux deux intéressés de prouver l'existence d'une volonté contraire. Le légataire a d'ailleurs en toute hypothèse le moyen, si l'hypothèque est exercée sur la chose léguée, d'obtenir indemnité de l'héritier après la vente, par les actions que le créancier lui cède ou dont la cession est sous-entendue (*Inst.*, p. 5, *hic;* f. 57, *Dig.*, 31).

§ V

De la règle Catonienne.

516. *Quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere non potest;* tout acte nul à l'instant de sa confection demeure irrévocablement nul, quoi qu'il arrive. C'est là un principe capital de la loi romaine. On l'applique notamment dans toute sa rigueur en matière de legs, quand la nullité originaire tient à l'absence de quelque condition essentielle de fond ou de forme, par exemple, à l'irrégularité du testament, à l'incapacité du testateur ou du légataire, etc. (f. 29, *Dig.*, 50-17).

De son fondement théorique. — Mais il peut arriver qu'un legs très-régulier se trouve, en le supposant ouvert à l'instant même de la confection du testament, inexécutable pour le moment, à raison d'un obstacle de fait purement accidentel et transitoire. Sera-t-il nul dès l'origine et sans retour, comme s'il manquait d'une condition essentielle? ou sera-t-il valable, sauf à s'évanouir si l'obstacle ne disparaît pas avant la *diei cessio?* Caton le Censeur ou son fils proposa un terme moyen, qui prévalut sous le nom de règle Catonienne, et dont la formule est claire : toutes les fois que la survenance immédiate de la mort du testateur, après la confection du testament, rendrait impossible l'exécution du legs, le legs est et demeure nul, quoi qu'il arrive ; *quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere* (f. 1, *Dig.*, 34-7).

Or on voit aisément que cette règle ne s'applique ni aux legs conditionnels, ni à ceux dont le *dies cedens* est reculé par exception au delà de l'ouverture de l'hérédité. Car le testateur aurait beau mourir tout de suite; il ne serait pas question d'exécuter le legs avant la *diei cessio* qui ne se produit pas encore, et l'obstacle a le temps de disparaître dans l'intervalle. Il est donc logique et conforme à l'intention du testateur de réserver tout jugement sur la validité d'un tel legs ; il ne saurait tomber que par la persistance de l'obstacle jusqu'au *dies cedens.*

Mais, à l'inverse, la règle Catonienne frappe les legs purs et simples d'un coup irremédiable; car ils sont nuls et le demeurent, alors même qu'ils deviennent exécutables par la suite. Cette sévérité n'a rien de juste et mérite deux critiques. D'abord elle mécon-

naît la nature des dispositions testamentaires, qui sont toujours faites en vue de l'avenir. Ensuite elle ne tient pas compte de la volonté probable du testateur, qui entendait subordonner sans doute la validité du legs à la disparition de l'obstacle. On aurait dû considérer comme affectés de cette condition tacite tous les legs purs et simples, sacrifiés par la règle Catonienne en l'honneur d'une fiction mensongère.

De ses applications pratiques. — La règle Catonienne concernait les legs et fidéicommis, mais n'atteignait pas les institutions d'héritier (f. 3, *Dig.*, 34-7 ; f. 8, p. 1, *Dig.*, 32 ; C. 13, *Cod.*, 6-37).

Les Institutes en signalent deux applications intéressantes :

1° Le legs pur et simple, qui a pour objet la chose même du légataire, est nul et le demeure, nonobstant l'aliénation qu'il en consentirait du vivant du testateur. Cette nullité n'a d'autre cause que l'impossibilité d'exécuter le legs au moment de la confection du testament; car on ne saurait acquérir une propriété qu'on a déjà, ni devenir créancier de cette propriété. Par conséquent, le même legs serait efficace à l'adresse de toute autre personne ; et si le testateur s'est trompé en croyant laisser au légataire sa propre chose, le legs est valable, *quia exitum habere potest voluntas defuncti* (*Inst.*, p. 10, 11, *hic*).

2° Est nul le legs fait purement et simplement à la personne placée sous la puissance de l'institué unique. Bien que les Institutes ne posent la règle qu'à l'occasion de l'esclave, elle englobe par un seul et même motif tous les individus *alieni juris*. C'est qu'en supposant le décès immédiat du testateur, le droit au legs ne pourrait se fixer qu'au profit de l'institué lui-même, qui en aurait du même coup le bénéfice et la charge ; or ce cumul est impossible. Et le légataire vînt-il à sortir de la puissance de l'institué avant la mort du testateur, le legs restera nul (*Inst.*, p. 32, *hic ; Gaïus*, II, 244 ; *Ulpien*, XXIV, 23).

Mais s'il y a plusieurs institués, et que le legs s'adresse à l'esclave de l'un d'eux, l'impossibilité d'exécution n'apparaît plus comme totale ; aussi la nullité ne sera-t-elle que proportionnelle à la part héréditaire du maître de l'esclave.

Il faut enfin prévoir l'hypothèse inverse ; la personne *alieni juris* est instituée, et le maître ou le père est légataire. Ce legs, même pur et simple, échappe à la règle Catonienne et produit son effet, pourvu qu'au moment de l'adition l'institué ne se trouve

plus sous la puissance du légataire. En effet, si le testateur mourait immédiatement, le droit au legs serait bien fixé au profit du père ou du maître; mais il pourrait renvoyer l'institué de sa puissance avant de lui donner l'ordre d'accepter l'hérédité; il ne deviendrait donc pas héritier par son intermédiaire, et n'aurait jamais cumulé les deux qualités incompatibles de créancier et de débiteur du legs (*Inst.*, p. 33, *hic*).

§ VI

Extinction, révocation et translation des legs.

517. Le legs est soumis à diverses causes d'infirmation.

Extinction. — Le legs s'éteint : 1° par la renonciation du légataire; 2° par sa mort ou son incapacité survenue avant le *dies cedens;* 3° par la défaillance de la condition apposée à son droit; 4° par la perte de l'objet légué, pourvu qu'elle soit fortuite, c'est-à-dire non imputable à l'héritier. Ce dernier répond non-seulement de son dol ou de sa faute, mais encore de son fait actif le plus licite; par exemple, s'il affranchit son esclave dans l'ignorance du legs qui l'attribuait à quelqu'un, il devra des dommages-intérêts (f. 47, p. 4, 5, *Dig.*, 30 ; *Inst.*, p. 16, *hic*).

5° *Concours de deux causes lucratives.* — La cinquième et la plus artificielle des causes d'extinction des legs, c'est l'acquisition gratuite de la chose. On rencontre ici la principale application d'une règle générale du droit romain, à savoir que deux causes lucratives ne peuvent concourir ensemble; en d'autres termes, toute créance à titre gratuit disparaît, lorsque l'objet dû est acquis au créancier par l'effet d'une autre cause également gratuite. Une double conséquence dérive de ce principe en notre matière : 1° si le légataire acquiert par donation entre-vifs la propriété de la chose léguée, il n'est plus admis à demander l'exécution du legs; 2° si deux testateurs lèguent la même chose au même légataire, il n'est admis à demander l'exécution du second legs qu'à la condition de n'avoir obtenu par le premier que l'estimation de la chose, non la chose elle-même (*Inst.*, p. 6, 9, *hic*).

518. **Révocation.** — La révocation du legs est expresse ou tacite.

Expresse. — La révocation expresse devait, à l'époque classique, se faire par testament ou codicilles confirmés, et dans les termes mêmes du legs, en les affectant seulement de la particule *non;*

par exemple, le legs *do lego* se révoquait dans la forme *non do non lego*, etc. Sous Justinien, ces deux exigences ont disparu ; car tout codicille peut contenir des legs, et les formules ont été supprimées (*Ulpien*, XXIV, 29; *Inst.*, t. 21 pr.).

Tacite. — La révocation est tacite, quand elle s'induit de faits qui en laissent présumer l'intention. Elle résulte notamment :

1° De la radiation volontaire du legs (f. 1, p. 3, *Dig.*, 28-4);

2° D'une grave inimitié survenue entre le testateur et le légataire, et non suivie de réconciliation (f. 3, p. 11, *Dig.*, 34-4) ;

3° De qualifications injurieuses que le défunt donne au légataire dans le cours du testament (f. 13 ; f. 29, *Dig.*, 34-4) ;

4° De l'aliénation par le testateur de la chose qu'il avait léguée. Mais Septime Sévère et Caracalla firent prévaloir le principe que l'aliénation ne suffit pas à révoquer le legs, et que l'intention du testateur doit s'apprécier d'après les circonstances. Ainsi, quand il dispose par donation de ce qu'il avait légué, le legs est révoqué ; au contraire, le legs subsiste *per damnationem*, lorsque l'aliénation a été imposée par la nécessité. En revanche, le simple fait d'une réacquisition ultérieure n'établit pas l'intention du testateur de revenir sur la révocation (*Inst.*, II, t. XX, p. 12 ; f. 15,18, *Dig.*, 34-4).

Effets. — La révocation tacite n'anéantit pas le legs de plein droit, et le paralyse seulement par une exception de dol ; un nouveau changement de volonté lui rendrait donc sa vigueur. Mais la révocation expresse opère *ipso jure*.

Lorsque la révocation est subordonnée à quelque condition, elle a cet effet que le legs reste dû sous la condition inverse (f. 10, *Dig.*, 34-4).

518 *bis*. **Translation.** — La translation est à peu près pour les legs ce qu'est la novation pour les obligations ; à la fois extinctive et créatrice, elle substitue un nouveau legs à l'ancien. On peut donc la diviser en translation *objective* et translation *subjective*. Elle est objective, quand elle change l'objet ou la modalité du legs ; elle est subjective, quand elle change l'une des personnes qui figurent dans le legs, soit l'héritier, soit le légataire. Par conséquent, elle a lieu de l'une ou l'autre de quatre façons, dont la dernière est seule prévue aux Institutes (p. 1, *hic*).

La translation fut primitivement soumise aux mêmes règles de forme que la révocation expresse. Elle suppose l'intention constante de révoquer, et ne se présume pas ; dans le doute, l'ancien

legs doit être maintenu concurremment avec le nouveau. Mais la volonté de l'éteindre une fois établie, l'ancien legs n'existe plus, sans qu'on ait à rechercher si le nouveau est efficace ou non (f. 6, p. 1 et 2 ; f. 8, f. 20, *Dig.*, 34-4).

Lorsque la translation est conditionnelle, le premier legs demeure valable sous la condition contraire (f. 7, *Dig.*, 34-4).

§ VII

De la loi Falcidie.

519. Entre diverses prérogatives dont jouit l'héritier à l'occasion du legs, et qui seront expliquées en leur temps, la plus importante remonte aux dernières années de la République.

Les Douze Tables laissaient au testateur la liberté de léguer sans mesure. De là résultait le grave inconvénient que l'héritier répudiait souvent la succession plus ou moins diminuée par les legs, faute d'un intérêt suffisant pour se soumettre aux charges de l'acceptation. Le pouvoir illimité du testateur tournait donc à son préjudice, puisqu'il l'exposait à mourir intestat ; les légataires en souffraient eux-mêmes, puisque leur droit disparaissait par la répudiation de l'institué.

Le législateur voulut donc empêcher l'épuisement de la succession par les legs. Une loi Furia, plébiscite rendu probablement en l'an 571 de Rome, décida qu'à l'exception des parents jusqu'au sixième degré, personne ne pourrait recueillir un legs supérieur à mille as, sous peine d'une condamnation au quadruple. Cette disposition exorbitante n'atteignait pas son but ; car elle n'empêchait pas le testateur d'absorber son hérédité par un grand nombre de legs de mille as (*Fragm. Vat.*, 301 ; *Gaïus*, II, 225 ; IV, 23).

La loi Voconia, qui paraît être de l'an 585, entra dans une voie nouvelle et défendit de comprendre dans un legs plus que ne recevait l'héritier. Mais le testateur restait maître, en multipliant les legs, de les abaisser jusqu'à des valeurs dérisoires et de réduire à rien ou presque rien le bénéfice de l'institué (*Gaïus*, II, 226).

Vint en 714 un autre plébiscite plus habile. C'est la loi *Falcidia*, qui abrogea les deux précédentes. Elle ne limita pas le montant de chaque legs, et se contenta de poser en règle que l'héritier aurait toujours droit au quart net de l'hérédité. Ce quart s'appelle *quarte Falcidie* (*Gaïus*, II, 227).

520. **Des personnes qui ont droit au bénéfice de la loi Falcidie.** — En principe, tous les héritiers testamentaires jouissent du bénéfice de la loi Falcidie (f. 1 pr., p. 2, *Dig.*, 35-2).

Ce bénéfice est personnel. Si deux ou plusieurs institués sont grevés de legs, de telle sorte que l'un ait le quart de sa part héréditaire, et que le quart de l'autre soit entamé ou consommé, ce dernier peut se prévaloir de la Falcidie. Car le but de la loi est de déterminer chaque héritier à l'acceptation (*Inst.*, p. 1, *hic*).

Dans le cas plus difficile où l'un des deux institués n'arrive pas à la succession, et laisse sa part accroître à l'autre, une distinction se présente. 1° Est-ce la part surchargée de legs qui est vacante et recueillie par substitution ou par accroissement? dans la doctrine définitive, l'héritier acceptant retiendra le quart sur cette portion, comme eût pu le faire le défaillant lui-même. 2° Est-ce la part non surchargée qui est vacante et recueillie par substitution ou par accroissement? les legs imposés personnellement à l'héritier non défaillant s'acquittent sur la masse entière de l'hérédité, et c'est le quart de cette masse qui sera retenu (f. 1, p. 13-14; f. 11, p. 5; f. 78, *Dig.*, 35-2).

521. **Du calcul de la loi Falcidie.** — Pour savoir si les trois quarts de l'hérédité sont dépassés, il est indispensable de déterminer les forces de la succession. Cette question générale en implique trois autres.

1° *Moment où l'on se reporte.* — A quel moment se place-t-on pour apprécier s'il y a lieu à réduction? Au moment du décès; car c'est à cet instant même que le testateur est réputé disposer de sa succession. En conséquence, le droit des légataires n'est pas augmenté par les accroissements ou plus-values que l'hérédité peut recevoir entre le décès et l'adition, ni diminué par les détériorations ou moins-values qu'elle peut éprouver dans le même intervalle. Il découle de là que l'héritier n'a rien à espérer et le légataire rien à souffrir de retards volontairement apportés à l'adition (*Inst.*, p. 2, *hic*).

2° *Détermination du montant net de la succession.* — Il faut alors fixer le montant de la succession et le comparer au total des legs, qui n'en doit pas excéder les trois quarts.

Dans ce but, on fait d'abord la masse, c'est-à-dire la réunion et l'estimation de tous les biens qui composent l'actif brut du défunt. On y embrasse ses biens corporels et ses créances, y compris celles qu'il avait contre l'héritier, quoique éteintes par la confusion qui

résulte de l'adition; car l'héritier s'est enrichi de leur extinction. Les créances corréales, conditionnelles ou sur des insolvables font l'objet de procédés particuliers, qui n'ont d'importance qu'en pratique (f. 1, p. 18; f. 62 pr.; f. 63, p. 1; f. 73, p. 1, *Dig.*, 35-2).

De l'actif brut ainsi déterminé, on déduit : 1° les dettes du défunt, même envers l'héritier, et les frais funéraires; car *bona non intelliguntur nisi ære alieno deducto;* 2° la valeur des esclaves affranchis directement ou par fidéicommis; car l'indivisibilité de la liberté s'oppose à la réduction en nature de ces legs; 3° dans le droit des Novelles, les legs faits à l'Église ou généralement à la cause pie (*Inst.*, p. 3, *hic;* f. 87, p. 2, *Dig.*, 35-2; *Nov.* 131, c. 13).

Réduction. — Il ne reste plus qu'à trouver la différence entre l'actif net et la somme des legs. Inférieurs aux trois quarts de l'actif net, on les exécute pleinement. Dans le cas contraire, il y a lieu à réduction au profit de l'héritier. On n'examine pas s'il conserve un quart des biens du défunt comme donataire entre-vifs ou *mortis causâ*, comme légataire ou fidéicommissaire; il faut que sa quarte lui revienne *jure hereditario*, c'est-à-dire en vertu de l'institution (f. 91, *Dig.*, 35-2).

Quand la réduction est nécessaire, elle s'opère de plein droit, sans le secours d'aucune exception contre la demande exagérée du légataire. Elle atteint tous les legs proportionnellement, hormis ceux qu'on a déduits de la masse. Elle se fait en nature, si ce n'est que l'héritier se rédime en argent pour les legs indivisibles, tels que d'un fait ou d'une servitude prédiale (f. 1, p. 5, *Dig.*, 43-3; f. 80, p. 1, *Dig.*, 35-2).

Le testateur a la faculté d'ordonner que tel legs ne sera réductible qu'après tous les autres (f. 64; f. 88, p. 2, *Dig.*, 35-2).

521 *bis.* **Des cas où cesse la loi Falcidie.** — Dans le droit classique, le testateur ne pouvait pas, en thèse générale, interdire à son héritier la détraction de la quarte Falcidie. Dans le droit des Novelles, il est libre de lui en adresser la défense par une déclaration expressément insérée dans un testament ou dans un codicille, et la répudiation ainsi provoquée de l'héritier n'entraîne pas la chute des autres dispositions testamentaires (*Nov.* 1, c. 2 et 4).

En outre, le défaut d'inventaire fait déchoir l'héritier du privilége de la loi Falcidie et l'oblige à payer les legs *ultrà vires*. Cette règle s'applique même à l'héritier qui s'est prévalu du *jus deliberandi* pour renoncer au bénéfice d'inventaire (*Nov.* 1, c. 2).

La Falcidie est également écartée des legs qui complètent la légitime, puisque le légitimaire doit dans tous les cas obtenir sa légitime entière (f. 87, p. 4, *Dig.*, 31 ; C. 36, pr., *Cod.*, 3-28).

§ VIII

Comparaison de la *donatio mortis causâ* et du legs.

522. La donation à cause de mort, par le seul fait qu'elle reste incertaine jusqu'au décès du disposant, offre une grande ressemblance avec un legs. Aussi plusieurs dispositions législatives furent-elles communes à ces deux espèces d'actes, notamment la loi Voconia, et les jurisconsultes tendirent-ils à les rapprocher par l'interprétation. Justinien alla même jusqu'à les confondre absolument dans une Constitution ; mais il est plus modeste et plus exact dans les Institutes, qui se contentent d'une assimilation à peu près parfaite (*Gaïus*, II, 226 ; C. 4, *Cod.*, 8-57 ; *Inst.*, p. *hìc ; suprà*, n°s 243, 244).

Dissemblances. — En effet, à moins de supprimer les *donationes mortis causâ*, il faut bien reconnaître quelques différences ineffaçables entre elles et les legs. Par exemple, la donation à cause de mort n'est pas un mode d'acquérir, au contraire du legs *per vindicationem.* Elle n'est pas subordonnée, comme le legs, à l'existence d'un testament ou d'un codicille confirmé ; on ne saurait donc lui appliquer les règles relatives à la forme des dispositions testamentaires. Du vivant même de son auteur, elle peut s'exécuter et produire des effets importants, quoique révocables ; le legs n'a de réalité juridique qu'à la mort du testateur. Enfin la *donatio mortis causâ* requiert l'acceptation du donataire, parce qu'il doit adhérer à la condition suspensive ou résolutoire, etc.

Ressemblances. — Mais les traits de ressemblance sont décisifs : 1° la donation à cause de mort exige dans son auteur la *factio testamenti* active, dans le gratifié la *factio testamenti* passive et le *jus capiendi.* Cependant les lois caducaires *Julia* et *Papia Poppæa* ne l'avaient pas comprise dans leur système primitif, où la fit rentrer un sénatus-consulte postérieur (f. 15, 9, 22, 35, *Dig.*, 39-6).

2° Elle admet l'accroissement, et, quand elle s'adresse à un tiers, l'application de la Falcidie. Lorsque le donataire est l'héritier lui-même, elle ne s'impute point sur la quarte Falcidie, si ce n'est proportionnellement à sa part héréditaire (f. 74, *Dig.*, 35-2 ; C. 5, *Cod.*, 6-50 ; C. 1, p. 14, *Cod.*, 6-51).

3° Elle s'impute, au contraire, sur la quarte légitime pour empêcher la plainte d'inofficiosité (*Inst.*, II, t. XVII, p. 6).

4° Elle est valable entre époux (f. 9, p. 2, *Dig.*, 24-1).

5° Elle tombe avec les legs qui disparaissent sans la volonté du testateur, tout au moins dans les deux cas suivants, si le disposant subit une peine capitale, et si la *bonorum possessio contrà tabulas* renverse le testament (f. 7, *Dig.*, 39-6; f. 3, pr., *Dig.*, 37-5).

6° Émanée d'un affranchi au préjudice des droits héréditaires du patron, ou d'un débiteur insolvable au préjudice des créanciers, elle est passible, sans qu'il soit besoin de prouver la fraude, de l'action révocatoire Calvisienne ou Favienne au premier cas, Paulienne au second (f. 1, p. 11, *Dig.*, 38-5 ; f. 17, *Dig.*, 39-6).

Toutes ces analogies, et l'on ne doit voir là que les plus saillantes, font de la *donatio mortis causâ* la sœur incontestée des legs.

SECTION DEUXIÈME

DES FIDÉICOMMIS (*Inst.*, II, t. XXIII, XXIV).

523. Le fidéicommis est une libéralité de dernière volonté, laissée en forme précative par le défunt, sans l'observation nécessaire des règles du testament, et dont l'exécution n'est qu'une conséquence de la bonne foi et de l'équité.

Ces dispositions furent longtemps considérées comme non avenues. Cependant l'usage en était fréquent; car elles constituaient un moyen de tourner les nombreuses incapacités relatives à la *factio testamenti;* on disposait au profit d'une personne capable, en la priant d'accomplir elle-même la volonté qu'on lui révélait. Dès l'époque de Cicéron, l'opinion des honnêtes gens flétrissait le grevé qui se prévalait du droit strict pour méconnaître le fidéicommis (Cic., *de Fin.*, II, 17, 18).

Auguste fut le premier qui fit exécuter, par l'intervention des consuls, certains fidéicommis particulièrement dignes d'intérêt. Ces innovations, d'abord individuelles, parurent justes et devinrent populaires, *justum et populare*. Elles se convertirent en juridiction permanente, si bien qu'il fut créé un préteur *fideicommissarius*, spécialement préposé à cette branche nouvelle du droit (*Inst.*, II, t. XXIII, p. 1).

Dès lors le fidéicommis devint une institution juridique, au même titre que le legs, réserve faite de certaines différences générales

déjà signalées entre eux, et de nombreuses diversités de détail qui seront mieux comprises à la fin de la théorie (*suprà*, n° 503).

On distingue des fidéicommis d'hérédité et des fidéicommis à titre particulier. Dans les uns et dans les autres, le grevé s'appelle *fiduciarius* et le gratifié *fideicommissarius*.

§ I

Fidéicommis d'hérédité (*Inst.*, II, t. XXIII).

524. Le fidéicommis d'hérédité est une disposition qui appelle une personne à tout ou partie d'une hérédité, en la chargeant de restituer à un tiers désigné la totalité ou une quote-part de ce qu'elle recueillera. Cette disposition ressemble plus à l'institution d'héritier qu'au legs (1).

Personnes qui en peuvent être chargées. — Le fidéicommis d'hérédité peut être à la charge : 1° de l'héritier, soit testamentaire, soit légitime : imposé à l'héritier testamentaire, il n'est valable qu'à la condition de résulter d'un testament valable; imposé à l'héritier légitime, il suppose nécessairement l'emploi d'un codicille; 2° d'un premier fidéicommissaire d'hérédité, qui en est grevé par testament ou par codicille. En toute hypothèse, le fidéicommis tombe s'il n'y a pas adition d'hérédité (*Inst.*, p. 2, 10, 11, *hic*).

De ses effets. — Supposons le fidéicommis imposé à l'héritier, comme il arrive d'ordinaire; quels en sont les effets? Il faut distinguer quatre époques.

525. *Première période.* — *Pur droit civil.* —Dans le droit civil, l'héritier succède seul à l'*universum jus* du défunt, et s'en trouve saisi de plein droit s'il est *necessarius*, après l'adition s'il est *extraneus*. Le fidéicommissaire n'a d'autre faculté que de lui demander la restitution. Cette restitution s'opère de l'une ou de l'autre de ces deux façons : 1° par la tradition que fait l'héritier au fidéicommissaire des choses corporelles de la succession, ou par la prise de possession qu'il lui en laisse faire; 2° par la déclaration, écrite ou verbale, qu'il consent à restituer; ce dernier mode met les choses corporelles *in bonis fideicommissarii*, et la propriété quiritaire ne lui en sera acquise qu'après la prise de possession (*Inst.*, p. 3, *hic*; ff. 37, 63, *Dig.*, 36-1).

(1) On l'appelle quelquefois substitution fidéicommissaire (*suprà*, n° 502, en note).

Ni l'un ni l'autre de ces procédés ne remplit l'intention du défunt, qui était d'investir le fidéicommissaire, non-seulement des choses corporelles, mais aussi des créances et des dettes, dans la mesure du fidéicommis. Or ces droits incorporels ne se transmettent, ni par une appréhension matérielle, ni par une déclaration quelconque de volonté. Un expédient ingénieux servait à tourner la difficulté. L'héritier faisait au fidéicommissaire une vente fictive (*uno nummo*) de la totalité ou de la quote-part de l'hérédité. Puis intervenaient entre eux des stipulations réciproques, appelées *emptæ et venditæ heredatis* dans le cas de fidéicommis universel, *partis et pro parte* dans le cas de fidéicommis à titre universel (1). L'héritier promettait au fidéicommissaire acheteur de lui rembourser jusqu'à due concurrence le montant des créances qu'il toucherait, ou même les lui cédait; en revanche, le fidéicommissaire promettait à l'héritier vendeur de l'indemniser du payement des dettes héréditaires, ou même de le défendre contre les poursuites des créanciers. L'héritier gardait sa qualité envers les tiers, le fidéicommissaire était *loco emptoris* (*Gaïus*, II, 252).

Ce système avait le grave inconvénient d'exposer chacune des deux parties aux risques de l'insolvabilité de l'autre, danger qui détournait l'héritier de faire adition.

526. *Deuxième période. — Sénatus-consulte Trébellien.* — Le sénatus-consulte Trébellien, rendu sous Néron, en l'an 62 de notre ère, décida que le fidéicommissaire, une fois la restitution faite, serait investi et passible des actions héréditaires, comme s'il était héritier. Seulement, pour l'honneur des principes, ces actions furent qualifiées d'utiles. Car, au point de vue de la théorie pure, elles continuaient de résider sur la tête de l'héritier, dont le titre civil était ineffaçable. Mais lorsqu'il y figurait comme défendeur ou comme demandeur, au delà de la part non comprise dans le fidéicommis, il opposait ou subissait une exception appelée *restitutæ hereditatis*. En deux mots, après l'exécution du fidéicommis, l'héritier ne conservait qu'une qualité vaine, et le fidéicommissaire était *loco heredis* (*Inst.*, p. 4, *hic ; Gaïus*, II, 253).

L'héritier ne redoutait plus ici l'insolvabilité du fidéicommissaire; mais il pouvait néanmoins préférer encore la répudiation,

(1) Les stipulations *partis et pro parte* sont les mêmes qui interviennent entre l'héritier et le légataire partiaire (*suprà*, n° 514).

notamment dans le cas où le fidéicommis absorbait toute l'hérédité, ou ne lui en laissait qu'une part insignifiante.

527. *Troisième période. — Sénatus-consulte Pégasien.* — Vint en l'an 73 de l'ère chrétienne, sous le règne de Vespasien, le sénatus-consulte Pégasien, composé de deux chefs : 1° la première disposition étendait la loi Falcidie des legs au fidéicommis, et donnait à l'héritier le droit, s'il faisait adition, de retenir un quart de l'hérédité; 2° lorsqu'il refusait de faire adition, le préteur avait le pouvoir de l'y contraindre à la demande du fidéicommissaire ; l'héritier était alors tenu de restituer toute l'hérédité.

Par une bizarrerie difficilement explicable, les deux dispositions du Pégasien ne jouent pas le même rôle envers le Trébellien.

a. En effet, le premier chef ne se combine pas avec le Trébellien. Autrement dit, quand le fidéicommis dépasse les trois quarts de l'hérédité, c'est-à-dire fait naître pour l'héritier le droit de retenir sa quarte, on ne distingue pas ; qu'il la retienne ou non, les actions restent fixées en sa personne, comme dans la période du pur droit civil, et les stipulations *restitutæ hereditatis* ou *partis et pro parte* redeviennent nécessaires entre le fidéicommissaire et lui.

b. Au contraire, le second chef se combine avec le Trébellien. Autrement dit, quand l'héritier ne fait pas adition volontaire et n'accepte que sur la demande du fidéicommissaire et l'ordre du magistrat, la quarte lui est refusée. Il doit alors restituer toute l'hérédité, mais les actions héréditaires sont toutes exercées ou subies *utiliter* par le fidéicommissaire.

c. Entre les deux chefs, il se présente une hypothèse que ni l'un ni l'autre ne prévoit : le fidéicommis ne dépasse pas les trois quarts, et l'héritier fait une adition volontaire. Ici le Trébellien s'applique encore.

En résumé, cette juxtaposition des deux sénatus-consultes n'était pas un chef-d'œuvre de logique et ne brillait point par la clarté. L'héritier gardait ou perdait sa qualité envers les tiers, selon que le fidéicommissaire était *loco emptoris* ou *loco heredis* (*Inst.*, p. 5-6, *hic; Gaïus*, II, 257 ; *Ulpien*, XXV, 14).

528. *Quatrième période. — Droit de Justinien.* — Justinien simplifia cette législation et fondit ensemble les deux sénatus-consultes ; il ne laissa subsister que le Trébellien, accru des principales décisions du Pégasien. Désormais, l'adition forcée reste soumise aux décisions précédentes, et l'adition volontaire donne

toujours à l'héritier le droit de réclamer une quarte. Les actions passent invariablement au fidéicommissaire dans la proportion de ce qui lui est restitué en fait.

Bref, on caractérisera d'un mot l'innovation de Justinien, en disant que le fidéicommissaire est dorénavant un héritier; car il n'y a plus de différence entre les actions directes et les actions utiles (*Inst.*, p. 7-8, *hic*).

La quarte Pégasienne est souvent appelée *trébellianique* depuis l'époque de Justinien. En principe, elle relève des mêmes règles que la quarte Falcidie, si bien que les jurisconsultes la comprennent ordinairement dans cette dernière dénomination. On n'a donc qu'à se reporter aux détails déjà donnés sur la manière d'opérer le calcul et les réductions (*suprà*, n° 521).

Cependant, à la différence de la quarte Falcidie que le testateur ne pouvait pas exclure, il semble qu'une prohibition formelle de sa part ait, en thèse générale, la force d'écarter la quarte Pégasienne ; il faudrait alors une concession spéciale de l'Empereur pour en rendre le bénéfice à l'héritier. Tout au moins est-il certain que, si le testateur a prié son héritier de restituer l'hérédité entière, sous la déduction d'un ou de plusieurs objets déterminés, la retenue reste ainsi fixée, fût-elle inférieure au quart de l'actif net. Mais, à l'inverse, excédât-elle ce quart, les actions demeurent pour le tout sur la tête du fidéicommissaire (*Inst.*, p. 9, *hic;* f. 30, p. 4-5, *Dig.*, 36-1).

§ II

Fidéicommis à titre particulier (*Inst.*, II, t. XXIV).

529. Le fidéicommis à titre particulier porte sur un ou plusieurs objets individuellement déterminés. Il ressemble plus au legs qu'à l'institution d'héritier.

Il est permis de l'imposer, non-seulement au successeur universel, mais au légataire, au donataire à cause de mort, au fidéicommissaire particulier, et généralement à quiconque profite d'une disposition à cause de mort (*Inst.*, p. 1, *hic ; Gaïus*, II, 271).

On laissait valablement par ce fidéicommis tout ce qui faisait l'objet des legs *per damnationem*, c'est-à-dire la chose du disposant, du grevé ou d'un tiers (*Inst.*, p. 1, *hic ; Ulpien*, XXV, 5).

De ses effets. — Ce fidéicommis ne procure jamais au fidéi-

commissaire le profit des créances ou la charge des dettes du défunt. La quarte Pégasienne lui est appliquée. Il va de soi que le second chef du Pégasien ne concerne pas ce fidéicommis, et qu'il n'est jamais question de quarte dans le cas où le grevé n'est pas un successeur universel.

Comme les legs, le fidéicommis n'est pas obligatoire au delà de l'émolument que le grevé reçoit du défunt. Mais il y a des hypothèses où ce que doit remettre le grevé n'est pas ce qu'il a reçu ; par exemple, il reçoit une somme de mille et doit remettre sa maison. En acceptant alors les mille, il prouve qu'à ses yeux la maison ne vaut pas davantage, et le fidéicommis devient exécutoire sans restriction (*Inst.*, p. 1, *hic;* f. 70. p. 1, *Dig.*, 31).

SECTION TROISIÈME

PARALLÈLE FINAL DES LEGS ET FIDÉICOMMIS.

530. Dans les deux tableaux séparés des legs et des fidéicommis, on a vu ces deux grandes classes de libéralités à cause de mort différer par la forme, par l'objet et par les personnes qui en peuvent avoir la charge. Cette comparaison réclame quelques détails de plus.

Capacité. — A l'origine, ni la *factio testamenti* ni le *jus capiendi* n'étaient nécessaires au fidéicommissaire. Cette liberté sans limites violait, en définitive, des règles capitales du droit civil ; aussi ne fut-elle pas durable. On doit poser en principe que la jurisprudence classique exigea, pour recueillir un fidéicommis, la même capacité que pour recueillir un legs (*suprà*, n° 510). Cependant il ne fut jamais tenu compte du défaut de *jus capiendi* des Latins Juniens, ni de l'incapacité prononcée contre les femmes par la loi Voconia. Du reste, il n'était pas indispensable au fidéicommissaire d'avoir la *factio testamenti* à l'instant même de la disposition (*Gaïus*, II, 285-287 ; f. 7, *Dig.*, 32).

Effets. — D'après sa formule même, le fidéicommis ne saurait amener une translation directe de propriété en faveur du fidéicommissaire, et ne lui donne qu'une créance. L'exécution du fidéicommis se poursuit par la voie d'une *persecutio extrà ordinem*, c'est-à-dire devant le préteur fidéicommissaire qui juge lui-même. La condamnation ne monte pas au double, comme dans le legs *per damnationem ;* mais elle procure les fruits et même les intérêts

à compter de la demeure, comme dans les legs *sinendi modo* (*Paul*, IV, t. I, p. 18 ; *Gaïus*, II, 278-280).

Preuve. — Le fidéicommis dérive de la volonté du testateur, manifestée d'une manière quelconque, même par signes ; le tout est de la prouver. A cet égard, la plus grande latitude était laissée au fidéicommissaire. Théodose le Jeune requit le témoignage de cinq personnes, pour la preuve des fidéicommis non écrits. Justinien permit au *fideicommissarius* de déférer le serment au fiduciaire, après avoir lui-même fait le serment *de calumniâ*, c'est-à-dire juré qu'il n'agissait pas dans un esprit de chicane (C. 8, p. 3, *Cod.*, 6-36 ; *Inst.*, II, t. XXIII, p. 12).

531. **Fusion dans le droit de Justinien.** — La législation impériale supprima peu à peu toutes ces dissemblances, qui ne pouvaient survivre aux termes caractéristiques du legs et des fidéicommis. Du jour où les mêmes formules eurent la force de produire l'un ou l'autre de ces actes, ils étaient près de se confondre. Justinien acheva l'œuvre d'assimilation, en déclarant que les mêmes règles leur seraient applicables. Dès lors, le legs emprunte au fidéicommis toutes les facilités de preuve, de capacité, de sujets et d'objets ; en revanche, il lui communique sa plénitude d'effets, la translation directe de la propriété, le doublement de la condamnation, etc. Les deux institutions n'en font plus qu'une, de conditions et de conséquences identiques, quelque nom que lui ait donné le disposant (*Inst.*, II, t. XX, p. 3).

La distinction du legs et du fidéicommis ne persiste plus, dans le droit de Justinien, qu'à propos de la disposition qui a pour objet la liberté (*suprà*, n° 15 ; *Inst.*, II, t. XXIV, p. 2).

CHAPITRE XLVI

DES CODICILLES.

(*Inst.*, II, t. 25.)

532. Le codicille est l'expression de dernières volontés, rédigée sans l'observation des formes du testament. Il entra dans la loi romaine en même temps que le fidéicommis ; car l'un et l'autre devinrent obligatoires sous le règne d'Auguste (*Inst.* pr. *hic*).

Comparaison avec le testament. — A l'époque classique, le codicille ne demandait aucune forme spéciale. Théodose le Jeune le fit tomber sous l'empire d'une décision nouvelle et générale qui exigea désormais, pour tout autre acte de dernière volonté que le testament, la présence de cinq témoins, et leur signature (*subnotatio*) si la disposition était écrite (C. 8, p. 3, *Cod.*, 6-36).

La principale différence d'effets entre le testament et le codicille, c'est que ce dernier ne peut donner ni ôter une hérédité; en d'autres termes, il ne peut contenir, ni révoquer ni modifier une institution d'héritier, une exhérédation, une substitution vulgaire ou pupillaire. A titre de différence accessoire, notons qu'on admet la coexistence de deux codicilles, et que le premier reste alors exécutoire dans tout ce qu'il a de compatible avec le second (*Inst.*, p. 2, 3, *hic*).

Un testament nul à raison de ses formes ne vaut pas en qualité de codicille. Cependant la volonté contraire du testateur pouvait, à l'époque classique, s'induire de circonstances quelconques. Depuis Théodose le Jeune, elle dut se manifester par une clause expresse, que les commentateurs ont appelée *clause codicillaire* (f. 3, *Dig.*, 29-7; C. 8, *Cod.*, 6-36).

Division et subdivision des codicilles. — Les codicilles émanent indistinctement d'un testateur ou d'une personne qui n'a pas testé, et se divisent donc en codicilles testamentaires et codicilles *à testato*. Les uns et les autres supposent dans leur auteur la *factio testamenti*; mais elle est nécessaire pour les premiers au moment même de leur confection, et seulement au décès pour les seconds (f. 6, p. 3; f. 8, p. 2, *Dig.*, 29-7; f. 1, p. 1, 5, *Dig.*, 32).

En outre, les codicilles testamentaires partagent la destinée du testament, et tombent par toutes les causes qui le rendent *irritum*, *ruptum* ou *destitutum* (f. 3, p. 2; f. 16, *Dig.*, 29-7).

Les codicilles *ab intestato* n'ont pu recevoir une confirmation *à testato*. Au contraire, les codicilles testamentaires sont d'ordinaire confirmés par testament. La confirmation est expresse ou tacite. Expresse, c'est-à-dire déclarée dans le testament lui-même, elle s'applique tantôt à des codicilles futurs, tantôt à des codicilles déjà faits. Tacite, c'est-à-dire présumée à raison de circonstances qui accompagnent la confection d'un testament, elle se réfère toujours à des codicilles déjà faits que le testateur n'a pas voulu détruire (*Inst.*, p. 1, *hic*).

L'intérêt de cette subdivision est grand. Le codicille non confirmé ne contient valablement que des fidéicommis; le codicille confirmé est susceptible de renfermer toutes les clauses qui ne touchent pas à l'hérédité elle-même, c'est-à-dire des legs ou révocations de legs, des affranchissements directs et des nominations de tuteurs. Les dispositions en sont réputées écrites dans le testament lui-même ; ainsi l'affranchissement d'un esclave par codicille valide le legs que le maître lui avait fait *sinè libertate* dans un testament antérieur (*Inst.*, p. 1, *hìc; Ulpien*, XXV, 8 ; *Paul*, IV, t. I, p. 10; f. 8, p. 5, *Dig.*, 29-7).

CHAPITRE XLVII

DES TESTAMENTS MILITAIRES.

(*Inst.*, II, t. 11, et *passim.*)

533. Sous la République, le soldat n'était pas distinct du citoyen ; car il n'y avait pas d'armées permanentes, et le service militaire était la charge de tous. L'Empire introduisit la célèbre distinction du *miles* et du *paganus*. César, Titus et Domitien accordèrent aux soldats, en matière testamentaire, des priviléges purement provisoires, dont la concession devint définitive au temps de Nerva et de Trajan. Les textes en donnent pour motifs l'ignorance juridique des soldats, explication manifestement inacceptable ; car elle ne s'appliquerait pas aux chefs, et ne ferait pas comprendre pourquoi le citoyen reste ou retombe sous le droit commun, avant son entrée dans le service et depuis son retour à la vie civile (*Inst.* pr. *hic*).

La raison de ces priviléges est double. D'un côté, la position spéciale des soldats leur rendait souvent impossible la stricte observation des formes ; c'est même par cette considération que se justifiait le testament *in procinctu* dans la législation du premier âge de Rome. D'un autre côté, les empereurs avaient besoin de l'armée, puisque son caprice disposait de l'empire ; de là toutes les faveurs dont ils la comblèrent.

Étendue de ces priviléges. — Le principe qui domine la théorie des testaments militaires, c'est que l'intention du soldat est souveraine et fait loi.

1° Par conséquent, le soldat échappe à toutes les règles de forme

pour la confection ou la révocation du testament. La seule condition qu'on exige est une volonté certaine, écrite ou verbale (*Inst.*, p. 1, *hic;* C. 15, *Cod.*, 6-21).

2° Quant au fond, l'incompatibilité de la succession testamentaire et de la succession légitime n'existe pas pour le soldat. Il est donc soustrait à l'adage : *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest*, ou *semel heres, semper heres*. Il en résulte qu'une modalité quelconque, suspensive ou résolutoire, est valable dans son institution d'héritier, et qu'il peut également instituer *ex certâ re* (*Inst.*, II, t. XIV, p. 5; f. 15, p. 4, *Dig.*, 29-1 ; C. 8, *Cod.*, 6-21).

Le testament militaire ne réclame pas même une institution d'héritier, contrairement à l'axiome *Institutio totius testamenti caput et fundamentum.* En d'autres termes, si l'institution vient à manquer son effet, les autres dispositions s'exécutent néanmoins, et la clause codicillaire est toujours sous-entendue (f. 3 ; f. 13, p. 4, f. 41, p. 5, *Dig.*, 29-1).

La *factio testamenti* est infiniment plus large pour le *miles.* Active, il n'est tenu de l'avoir qu'au jour du décès ; passive, on l'accorde toujours avec le *jus capiendi* à ceux qu'il institue, si ce n'est peut-être au *servus pœnæ* (*Gaïus,* II, 110, 111 ; f. 13, p. 2, *Dig.*, 29-1 ; C. 5, *Cod.*, 6-21).

Enfin, sans insister sur d'autres menues prérogatives de détail, mentionnons que le testament militaire est au-dessus des risques de l'exhérédation, de la rupture par l'agnation d'un héritier sien, de la *querela inofficiosi testamenti*, et ne subit pas la retenue des quartes Falcidie et Pégasienne (*Inst.*, II, t. XIII, p. 6; ff. 7, 8 ; f. 17, p. 4; f. 18, *Dig.*, 29-1 ; f. 27, p. 1, *Dig.*, 5-2).

Pour conclure, la théorie des testaments militaires est affranchie de la plupart des prescriptions positives du droit civil, et fait un pas sensible vers le droit philosophique. Elle n'a que le tort grave de rester exceptionnelle.

Durée de ces priviléges. — Pour jouir de ces priviléges, le soldat doit se trouver inscrit sur les cadres de l'armée (*numeri*); ils n'appartiennent pas encore au conscrit (*tiro*) qui voyage aux frais de l'État pour se rendre à son corps. Dans le droit classique, ils durent sans interruption jusqu'à la fin du service ; mais Justinien ne les applique plus qu'au testament fait par le soldat en campagne (*in expeditione*). Le droit de tester *jure militari* disparaît pour l'avenir avec la qualité de militaire.

Mais le testament déjà parachevé en cette qualité retombe-t-il sous la loi ordinaire ? L'affirmative est certaine pour le testament des chefs qui ne quittent pas le service sans recevoir un successeur. Quant aux simples soldats, leur testament vaut encore *jure militari* pendant une année entière, lorsque leur congé se fonde sur une blessure ou sur l'expiration de leur temps (*missio causaria, honesta*). Il rentre immédiatement dans les conditions du droit commun, lorsque le soldat est congédié pour une cause honteuse (*missio ignominiosa*) ou subit la dégradation (*exauctoratio*) (*Gaïus*, II, 206; *Inst.* pr. et p. 6, *hic*; f. 21; f. 26; f. 42, *Dig.*, 29-1).

Le testament d'un non-soldat est valable *jure militari*, quand son auteur meurt en pays ennemi, à la suite de l'armée (f. 44, *Dig.*, 29-1; f. 1, *Dig.*, 37-13).

CHAPITRE XLVIII

DU DROIT D'ACCROISSEMENT.

La théorie du droit d'accroissement doit se concentrer principalement sur les dispositions testamentaires, institutions d'héritier, legs et fidéicommis. Il faut l'examiner à trois époques.

SECTION PREMIÈRE

ANCIEN DROIT ROMAIN.

534. L'idée d'accroissement suppose que deux ou plusieurs personnes ont été appelées à recueillir la même chose, et chacune pour le tout. Quand les divers appelés profitent de leur vocation, ces droits identiques se restreignent mutuellement et nécessitent un partage. Si l'un ou plusieurs des appelés ne veulent ou ne peuvent tirer parti de leur vocation, les droits des autres s'élargissent pour embrasser les portions vacantes. Il est possible même que le droit d'un des appelés absorbe l'objet tout entier de la disposition; c'est lorsque toutes les prétentions rivales se sont retirées et lui ont laissé le champ libre.

Cette force d'expansion (ou d'élasticité, comme on l'a dit avec bonheur), est qualifiée par les Romains de *jus accrescendi*. Ils auraient pu la désigner avec la même justesse sous le nom de *jus*

non decrescendi; car elle ne manifeste pas un droit nouveau, elle n'est que l'exercice d'un droit préexistant et débarrassé de ses entraves (f. 80, *Dig.*, 32).

535. **Accroissement dans les institutions d'héritier.** — L'accroissement a deux grandes applications dans les institutions d'héritier, parce que la vocation éventuelle au tout, faute de laquelle il n'existe pas, y peut dériver de deux causes.

Accroissement par la volonté de la loi. —En effet, l'accroissement résulte souvent de la loi. On se rappelle que l'hérédité est indivisible, et ne saurait être testamentaire pour partie, légitime pour partie. Or, supposons qu'un testateur assigne à plusieurs institués des parts qu'il déclare immuables, et dont le total absorbe son hérédité; il suffira qu'un d'entre eux ne veuille ou ne puisse acquérir la sienne, pour qu'elle accroisse nécessairement aux autres contre l'intention formelle du défunt et contre leur propre gré. Cette règle ne fléchit qu'à l'égard du testament militaire (f. 37, *Dig.*, 29-1).

Accroissement par la volonté du défunt. — D'autres fois, l'accroissement résulte de la volonté du défunt, et l'on entre ici dans son domaine le plus véritable et le plus technique. Supposons désormais que le testateur ait décomposé son hérédité en plusieurs fractions, et qu'à l'intégralité de telle ou telle de ces fractions, il ait appelé plusieurs personnes; par exemple : *Primus heres esto ex parte dimidiâ; Secundus et Tertius heredes sunto ex alterâ parte.* Si Tertius vient à faire défaut, sa part dans la seconde moitié ne profite qu'à Secundus, et Primus n'y pourra rien prétendre.

Cette attribution solidaire d'une même quote de l'hérédité à plusieurs institués établit entre eux ce qu'on appelle la *conjunctio re.* Elle est la base du droit d'accroissement, et se subdivise en deux espèces, ou plutôt s'offre sous deux aspects divers : 1° *re tantùm;* c'est lorsqu'elle dérive de phrases séparées ; par exemple, *Primus heres esto ex parte dimidiâ*; *Secundus heres esto ex alterâ parte ; Tertius heres esto ex parte quâ Secundum institui;* Secundus et Tertius sont ici *conjuncti re tantùm;* 2° *re et verbis;* c'est lorsque la vocation solidaire à la même quote dérive d'une seule et même phrase ; par exemple : *Secundus et Tertius ex parte dimidiâ heredes sunto...*

Il est possible que le testateur, en réunissant plusieurs institués dans une même phrase, leur ait du même coup assigné des parts :

Primus heres esto; Secundus et Tertius æquis ex partibus heredes sunto. Il n'y a pas là de vocation solidaire au tout, mais simplement un hasard de langage, une *conjunctio verbis tantùm*, insuffisante à fonder le *jus accrescendi*.

La *conjunctio re* détermine seule l'accroissement entre cohéritiers. Entre les divers *conjuncti re*, un ordre est tracé ; si l'héritier dont la part est vacante avait à la fois un *conjunctus re tantùm* et un *conjunctus re et verbis*, ce dernier l'emporte. A défaut de tout conjoint *re*, sans prendre en considération les *conjuncti verbis tantùm*, l'accroissement se fait entre tous les cohéritiers indistinctement, en vertu de la loi et de la règle *Nemo partim...* (f. 142, *Dig.*, 50-16; f. 66, *Dig.*, 28-5).

536. **Accroissement dans les legs et fidéicommis.** — L'accroissement n'a qu'une application dans les legs. En effet, l'identité de vocation ne dérive pas ici de la loi ; tout legs non recueilli par son destinataire demeure dans l'hérédité, en ce sens que l'héritier se trouve déchargé. Elle ne peut résulter que de la volonté expresse ou présumée du testateur. Autrement dit, le *jus accrescendi* ne repose jamais entre colégataires que sur une *conjunctio re*, soit faite par une seule phrase (*re et verbis*), soit faite par des phrases séparées (*re tantùm*) (1). Ce point incontestable n'aurait pas dû soulever de controverses (ff. 11, 12, *Dig.*, 7-2).

Sur cette base, l'accroissement est-il possible dans toute classe de legs?

1° L'accroissement a lieu dans le legs *per vindicationem*. Car le testateur, en ne procédant pas à l'assignation de parts, a montré qu'il entendait laisser la chose entière, soit à tous les appelés ensemble qui la partageront, soit à celui d'entre eux qui viendra. L'assimilation générale du legs *per præceptionem* au précédent y fit admettre aussi l'accroissement (*Gaïus*, II, 199, 223; *Ulpien*, XXIV, 12).

2° Au contraire, l'accroissement n'a lieu ni dans le legs *per damnationem*, ni dans le legs *sinendi modo*. Car il n'y a jamais identité de vocation dans un legs de créance. Est-il adressé par une même phrase à deux légataires, en vertu de la règle ancienne qui partage

(1) Il est à noter qu'au premier cas, les Romains disent que les colégataires sont appelés *conjunctim*, au second cas *disjunctim*. Mais cette distinction n'a trait qu'aux formes du langage, et le fond de la règle est bien de subordonner toujours l'accroissement à la *conjunctio re*, c'est-à-dire à la vocation solidaire.

de plein droit et par têtes les créances conjointes, chacun d'eux n'a dès le principe qu'une créance de la moitié de la chose léguée; c'est ce qu'on exprime par la formule *damnatio partes facit.* Le legs leur est-il adressé dans des phrases séparées, on admet encore deux créances distinctes; seulement chacune d'elles porte sur la totalité de la chose léguée, et les deux légataires obtiennent, à l'exemple de deux stipulants d'un même objet, l'un la chose elle-même, l'autre l'estimation (*Fr. Vat.*, 85; *Gaius*, II, 205, 215; *Ulpien*, XXIV, 13).

3° Le fidéicommis, qui ne produit jamais que des créances, fut logiquement traité comme le legs *per damnationem* ou *sinendi modo* (*Fr. Vat.*, 85).

537. **Mode d'application de l'accroissement.** — Il se présente ici quelques règles capitales.

1° *L'accroissement est forcé.* — En d'autres termes, dès que l'héritier ou le légataire accepte la part que lui fait le concours, il acquerra nécessairement les parts qui deviendront vacantes par la suite. Si la vacance s'est produite avant sa décision, il accepte ou répudie le total de sa part et de celle qui lui accroît. Car il avait vocation éventuelle au tout, et ne peut réaliser une partie de la vocation en laissant tomber l'autre (f. 53, p. 1, *Dig.*, 29-2; *Paul*, III, t. VI, p. 12).

Ce principe souffre exception dans le cas d'abstention d'un héritier nécessaire, ou de *restitutio in integrum* d'un mineur de vingt-cinq ans contre une acceptation onéreuse (ff. 57, 61, *Dig.*, 29-2).

2° *L'accroissement est rétroactif.* — Cette formule signifie que l'accroissement, une fois accompli, fait considérer l'appelé comme ayant acquis *ab initio* les deux parts. De là résulte qu'il s'effectuera, même après le décès de l'acceptant, au profit de ses héritiers; on dit en ce sens *portio portioni adcrescit, non personæ.* Il est aisé de relever d'autres conséquences de cette rétroactivité, notamment à propos du temps où s'examine la capacité requise pour acquérir par soi-même ou par une personne *alieni juris*, etc. (f. 26, p. 1, *Dig.*, 35-1).

3° *L'accroissement est proportionnel aux parts que les appelés recueillent en vertu de leur propre vocation;* car c'est dans cette mesure qu'ils eussent souffert de l'arrivée du défaillant. Cette règle ne doit s'entendre, à l'égard des cohéritiers, que réserve faite de la

prééminence accordée aux *conjuncti* du défaillant sur les autres cohéritiers (f. 20, p. 2, *Dig.*, 28-5).

4° *L'accroissement a lieu* cum onere *ou* sine onere, *d'après une distinction fondamentale.*

Entre cohéritiers, il s'opère généralement *cum onere*, en ce sens que l'acceptant acquiert la part vacante avec la charge des dettes héréditaires, legs ou fidéicommis qui la grèvent; l'hérédité forme, en effet, une masse indivisible de passif et d'actif. Par exception, l'acceptant n'est pas tenu des legs ou fidéicommis qui étaient imposés personnellement (*nominatim*) au défaillant. Cette exception elle-même fut effacée par les jurisconsultes classiques, sous l'influence d'un rescrit de Septime Sévère et de Caracalla, qui assimila les effets de l'accroissement aux effets de la substitution vulgaire (*suprà*, n° 497 ; f. 1, p. 13, *Dig.*, 35-2 ; f. 61, p. 1, *Dig.*, 31).

Entre colégataires, il se produit un résultat inverse. L'accroissement s'opère d'habitude *sine onere*, en ce sens que l'acceptant, qui recueille la part laissée vacante par un défaillant chargé d'un fidéicommis, n'est pas tenu de cette charge ; car elle est présumée individuelle. Par exception, s'il est démontré que la charge grève les legs plutôt que les légataires et pèse sur tous, elle sera supportée en totalité par le légataire qui prendra le legs entier (f. 30 ; f. 54, p. 1, *Dig.*, 35-1).

Rapprochement de l'accroissement et de la substitution vulgaire. — De ce tableau rapide, il résulte que l'accroissement entre cohéritiers et la substitution vulgaire diffèrent par les deux premiers des quatre caractères précités, et se rapprochent plutôt par les deux derniers.

SECTION DEUXIEME

DES LOIS CADUCAIRES.

538. L'expression de *leges caducariæ* désigne un système de législation qui remonte aux premiers temps de la période impériale. Il embrasse : 1° la loi Julia *de maritandis ordinibus*, rendue en l'année 736 ou 757 de Rome ; 2° la loi Papia Poppœa, qui vint en 762 compléter la précédente ; 3° divers sénatus-consultes qui se groupèrent successivement autour de ces deux monuments principaux (*Ulpien*, XIV ; XVI, 3).

Les lois caducaires eurent un double objet. Sur la fin de la Ré-

publique, le mariage de plus en plus déserté, la décroissance de plus en plus sensible de la population ingénue, devenaient un danger social; pour l'écarter, Auguste fit sortir des testaments jusqu'alors respectés une menace et une promesse, une peine pour le célibat et la stérilité, une récompense pour la paternité. Du même coup, il procurait au trésor une source nouvelle de revenus. Tels furent, au dire de Tacite, les deux avantages que poursuivit le premier empereur, *incitandis cœlibum pœnis*, *augendo ærario* (Tac., *Ann.*, III, 25).

On ne peut déterminer la part complète de chaque loi dans le système caducaire. Il faut, à l'exemple des jurisconsultes romains, le considérer comme un seul tout.

§ I

Limitation du domaine des lois caducaires.

539. Le plan primitif des lois Julia et Papia Poppœa n'avait embrassé que les institutions d'héritier et les legs. Auguste n'y soumit point les fidéicommis, qui jouissaient en son temps d'une grande popularité; c'est le sénatus-consulte Pégasien, postérieur d'une soixantaine d'années, qui les y fit rentrer. Quant aux donations à cause de mort, elles y furent elles-mêmes enveloppées par un sénatus-consulte de date inconnue (f. 18, p. 1, *Dig.*, 34-9; f. 35 pr., *Dig.*, 39-6).

Encore ne serait-il pas exact de soumettre sans réserve les dispositions précédentes au système caducaire. Car on doit partager en trois catégories les dispositions testamentaires qui manquent leur effet, les unes qualifiées de *pro non scriptis*, les autres appelées *caduca* ou dites *in causâ caduci*.

Sont *pro non scriptis* les dispositions nulles dès le principe, à raison d'un vice essentiel de forme ou de fond, comme l'incapacité du disposant ou du gratifié, l'irrégularité du testament, etc. Elles ne donnent pas lieu à l'application des lois caducaires, et restent sous l'empire de l'ancien accroissement. Il est bien entendu que, pour les recueillir en conformité de ces vieilles règles, il faut avoir la capacité nouvelle de recueillir de son propre chef (*Dig.*, 34-8).

Au contraire, toute disposition qui, valable au début, vient à manquer son effet par la suite, est un *caducum* ou se trouve *in*

causâ caduci. Il n'y a pas à se préoccuper des causes qui amènent la défaillance, et l'on ne doit pas rechercher si elles tirent ou non leur origine des lois caducaires. Dans ce sens général, le nom spé cial de *caducum* est réservé aux dispositions qui deviennent vacantes, par une circonstance quelconque, après la mort du disposant ; tel sera le legs enlevé au légataire par les *leges caducariæ*, ou qu'il répudie, etc. Sont dites spécialement *in causâ caduci* les dispositions qui deviennent vacantes avant la mort du disposant : tel sera le legs infirmé par le prédécès du légataire, etc.

Cette doctrine rencontre bien des adversaires, qui proposent d'autres explications de ces termes plus ou moins obscurs. Elle a pour elle l'imposante autorité d'une constitution formelle de Justinien et d'un texte très-général d'Ulpien (*Ulpien*, XVII, 1 ; C. 1, p. 2, *Cod.*, 6-51).

§ II

Des mesures prises par les lois caducaires.

Dans ces limites, le nouveau système organise trois grandes situations distinctes.

540. **Déchéances.** — Les déchéances atteignent les *cælibes* et les *orbi*.

Les *cælibes* furent déclarés, par la loi Julia, hors d'état de profiter des institutions ou legs, et plus tard cette impuissance s'étendit aux autres dispositions à cause de mort. La loi Papia Poppœa frappe les *orbi* d'une déchéance de même nature, mais réduite à la moitié de la disposition.

Est *cælebs* l'homme ou la femme en dehors des *justæ nuptiæ*, et qui n'a pas d'enfant légitime. Le célibat proprement dit et le veuvage sont donc assimilés à ce point de vue ; on se rappelle seulement qu'après la rupture d'un précédent mariage un certain temps de *vacatio* est accordé aux femmes ; il est de deux ans pour les veuves, de dix-huit mois pour les divorcées (*suprà*, n° 57). Il faut aussi que le mariage ne soit pas contraire aux prohibitions des lois nouvelles, qui défendaient notamment à tout ingénu le mariage avec des femmes de condition honteuse (*Ulpien*, XIV, XIII).

Est *orbus* l'homme ou la femme qui, bien que marié, n'a pas au moins un descendant légitime, vivant ou conçu. Les enfants adop-

tifs ne comptent pas en faveur de l'adoptant, et continuent sans doute de compter en faveur de leur père naturel (ff. 148, 149, 153, *Dig.*, 50-16) (1).

Le *cœlebs* ou l'*orbus* ne manquait pas d'ailleurs de la *factio testamenti* proprement dite, mais seulement de la faculté de recueillir ou *jus capiendi.* La disposition qu'on lui adressait n'était donc pas nulle. Dès lors, s'il pouvait se mettre en règle avec les lois caducaires avant la fixation de son droit, c'est-à-dire avant la mort du testateur ou l'événement de la condition, il échappait aux déchéances. On va même plus loin ; les déchéances sont écartées et le *jus capiendi* est recouvré, quand le *cœlebs* se marie ou que l'*orbus* devient père dans les cent jours qui suivent ce même moment de la fixation du droit, ou l'ouverture des tablettes du testament, depuis la loi Papia Poppœa (*Ulpien*, XVIII, 1).

Les dispositions enlevées aux *cœlibes* ou *orbi* deviennent vacantes, et forment une partie importante des *caduca vel in causâ caduci.*

541. **Privilèges.** — A côté des peines, il y a des récompenses ; tout ce qui n'est pas recueilli appartient, outre leur part, aux *patres* inscrits dans le testament comme héritiers ou légataires. Ces privilèges de la paternité constituent le *jus patrum*, les *præmia patrum.*

Le *pater* est ici l'homme qui, marié ou dispensé de l'être, a tout au moins un enfant légitime vivant ou conçu. Mais la loi, moins complaisante pour accorder les *præmia patrum* que pour épargner les peines de l'*orbitas*, ne tient compte ici que de la descendance *per masculos;* en d'autres termes, les petits-enfants *ex filiâ* ne sont pas pris en considération. Il n'importe d'ailleurs que la puissance paternelle existe ou non (*Fr. Vat.*, 195) (2).

541 *bis. Règles de la* caducorum vindicatio. — L'attribution des parts vacantes aux *patres* reçoit le nom de *caducorum vindicatio.*

1° Entre les cohéritiers *patres*, elle se détermine par la *conjunctio* telle que nous la connaissons (*suprà*, n° 535). A défaut de *conjunctio*, tous les cohéritiers *patres* en profitent.

Si nul héritier ne remplit les conditions de la paternité, les parts

(1) Lorsque la disposition testamentaire est adressée à un esclave, c'est le maître qui doit satisfaire aux conditions des lois caducaires (f. 82, *Dig.*, 29-2).

(2) Ulpien parle du *pater solitarius;* c'est probablement l'homme veuf ou divorcé qui a des enfants d'un précédent mariage, et qui n'a pas de femme. On ne peut savoir, faute de documents, s'il était frappé d'une déchéance, et dans quelle mesure (*Ulpien*, XIII, rubriq.).

vacantes sont attribuées aux légataires *patres*. Cette faveur exorbitante s'explique par une observation scrupuleuse des intentions qu'on suppose au défunt (f. 15, *Dig.*, 28-5; *Ulpien*, I, 21).

2° Entre colégataires, la *caducorum vindicatio* est le bénéfice des *patres* conjoints au défaillant, sans distinction entre les legs de créance et les legs de propriété. Il paraît même que la *conjunctio verbis tantùm* est ici efficace et préférée à la *conjunctio re tantùm*. Viennent ensuite les héritiers *patres*, enfin les légataires non conjoints et *patres* (*Gaïus*, II, 207-208; f. 89, *Dig.*, 32).

L'attribution des parts vacantes n'est pas forcée, bien que la propriété en appartienne de plein droit aux appelés; ils peuvent la répudier. Elle est vraisemblablement proportionnelle aux parts diverses des institués ou à la valeur estimative des legs. Elle se fait *cum onere* (*Ulpien*, XVII, p. 3).

A défaut de tout *pater* parmi les cohéritiers ou les colégataires, les parts vacantes étaient dévolues au trésor du peuple, à l'*ærarium*. Caracalla y substitua le trésor impérial, *fiscus* (*Gaïus*, II, 286; *Ulpien*, XVII, 3).

542. **Situations intermédiaires.** — Entre ces deux classes de personnes, les *cœlibes* et les *orbi* d'une part, les *patres* de l'autre, les lois caducaires avaient admis des intermédiaires, sans peines ni récompenses. Il faut distinguer deux degrés.

A. *Solidi capacitas.* — La *solidi capacitas* se résume dans cette idée, que certaines personnes ont le droit de conserver sans restriction ce qui leur a été laissé, mais n'obtiennent rien au delà et ne profitent point des parts vacantes.

Une première cause d'immunité résulte de l'âge et de quelques autres circonstances favorables. Sont en effet *solidi capaces :* 1° les hommes au-dessous de vingt-cinq ans et les femmes au-dessous de vingt ans; 2° les hommes sexagénaires et les femmes quinquagénaires, pourvu que les uns et les autres soient arrivés en état de mariage à la limite fixée par la loi; 3° les absents pour service public; 4° les veuves pendant deux ans, les femmes divorcées pendant dix-huit mois, à partir de la dissolution du mariage (*Ulpien*, XIV, XVI, 1, 3).

Une seconde branche d'exemptions tenait aux rapports de parenté ou d'alliance qui liaient le disposant avec le bénéficiaire de sa libéralité. Elle embrassait : 5° les cognats du testateur jusqu'au sixième degré inclusivement, et même au septième degré les en-

fants d'un petit-cousin ou d'une petite-cousine (*sobrino* ou *sobrinâ nati*); 6° quiconque, lors de la mort du testateur, était ou avait été son allié en ligne directe ou son conjoint (*Fr. Vat.*, 216-219).

7° Les *præmia patrum* étaient refusés aux femmes, quelque nombre d'enfants qu'elles pussent avoir. Cette sévérité n'avait rien d'étonnant dans la législation classique, qui ne reconnaissait encore de rapports successoraux qu'entre le père et les descendants. Mais il est hors de doute que la femme acquérait la *solidi capacitas* par la procréation d'enfants légitimes. Lui suffit-il seulement d'en avoir un, ou doit-elle remplir les conditions du *jus liberorum* ordinaire, c'est-à-dire en avoir trois si elle est ingénue, quatre si elle est affranchie? La réponse n'est pas certaine; mais il semble préférable de s'arrêter à la première conjecture (f. 13, *Dig.*, 18-16; f. 135, 137, 141, *Dig.*, 50-16).

On s'accorde d'ailleurs à penser que la concession du *jus liberorum* par le prince emportait remise des peines de l'*orbitas*, mais non des peines du célibat (*Ulpien*, XVI).

B. *Jus antiquum.* — Le *jus antiquum* était plus avantageux que la *solidi capacitas;* il n'appartenait qu'aux ascendants et descendants jusqu'au troisième degré inclusivement. C'était le droit pour ces personnes de recueillir, suivant la théorie primitive de l'accroissement, non-seulement ce qui leur était laissé, mais encore les parts devenues vacantes à leurs côtés. On ne recherchait pas si la vacance résultait des anciennes règles, pour exclure le *jus antiquum* des incapacités introduites par les lois nouvelles; il portait aussi bien sur les *caduca vel in causâ caduci* que sur les *pro non scriptis.* Reste alors à montrer en quoi le *jus antiquum* est moins favorable que la *caducorum vindicatio* et ne constitue qu'une situation intermédiaire. C'est que les *patres* n'ont pas besoin de *conjunctio* pour venir aux parts défaillantes (*Ulpien*, XVIII) (1).

SECTION TROISIÈME

DROIT DE JUSTINIEN.

543. Antérieurement à Justinien, les lois caducaires avaient reçu de graves atteintes. C'était l'inévitable destinée de cette législation

(1) On oppose à ce système la dénomination de *jus antiquum*, pour en conclure que ce droit embrasse uniquement les libéralités qui ont pu devenir vacantes en vertu de la législation ancienne. Mais cette dénomination s'explique par la nature et les effets du droit exercé, sans en restreindre l'objet et le champ d'appli-

tyrannique, contraire aux mœurs romaines, et frappée dès son origine d'une impopularité toujours croissante, qui suscita de nombreux expédients destinés à la frauder.

Le christianisme, qui voyait dans la continence une vertu inconnue du monde païen, ne pouvait maintenir les peines du célibat et de l'*orbitas*. Constantin les abolit par une décision que ses fils renouvelèrent (C. 1, *Cod.*, 8-58).

Mais le *jus patrum* continua de s'exercer sur toutes les dispositions qui devenaient vacantes par d'autres causes que les déchéances disparues. Il ne faut pas oublier, en effet, que la *caducorum vindicatio* était une source de revenus pour le fisc, à défaut de *pater*; c'est là probablement ce qui la fit survivre. Elle fut enfin supprimée par Justinien ; ce prince effaça les dernières traces de la législation caducaire, et rendit à l'institué le droit de faire adition dès le décès, sans attendre l'*apertura tabularum*. Dès lors se trouva rétablie l'ancienne théorie du droit d'accroissement et l'influence de la *conjunctio*, soit entre cohéritiers, soit entre colégataires (C. 1, *Cod.*, 6-51).

Si l'on se rappelle seulement que la forme des legs est désormais unique, on les soumettra tous aux principes étudiés pour le legs *per vindicationem* (*suprà*, n° 536). De plus, bien que la *conjunctio re* soit encore pour Justinien la base indispensable de l'accroissement, son langage prête à l'équivoque ; car il la qualifie de *disjunctio*, et nomme *conjunctio verbis* l'ancienne *conjunctio re et verbis*.

Dans les institutions d'héritier, l'accroissement est forcé ; il se fait *sinè onere* à l'égard des dispositions *pro non scriptis*; il se fait *cum onere* pour les autres. Quant aux legs laissés *disjunctim*, l'accroissement est forcé et s'opère *sine onere*; il est facultatif et *cum onere* pour les legs laissés *conjunctim*. On voit que Justinien fait un mélange confus des anciennes règles du droit d'accroissement avec la législation caducaire (*Inst.*, II, t. XX, p. 8; C. 1, *Cod.*, 6-51).

APPENDICE.

PARTICULARITÉS DU LEGS D'USUFRUIT.

544. Le legs d'usufruit a toujours présenté quelques dérogations aux notions précédentes.

cation. D'ailleurs, et cette remarque est décisive, Ulpien ne le nomme-t-il pas *jus antiquum in caducis?* et par quelle raison veut-on restreindre ici le sens ordinaire du mot *caduca?*

En premier lieu, lorsqu'un legs d'usufruit est recueilli par deux colégataires, la mort de l'un d'eux ne peut entraîner transmission de sa part à ses héritiers; car l'usufruit n'est pas transmissible. Par conséquent, ce décès n'a d'autre résultat que de lever l'obstacle jusqu'alors apporté par le défunt à la plénitude du droit de son collègue. L'accroissement ne trouve donc pas, en cette matière, un obstacle dans le fait que les parts ont été recueillies. Cette décision se fonde sur la volonté du défunt, qui a préféré son légataire à ses héritiers (*Fr. Vat.*, 77; f. 1, p. 3, *Dig.*, 7-2).

En second lieu, l'accroissement profite *personæ, non portioni*. Supposons un legs d'usufruit fait à Primus, Secundus et Tertius; si Primus accepte et meurt ensuite, la part laissée vacante par Secundus accroîtra seulement à Tertius, et ne se partagera pas entre Tertius et les héritiers de Primus, contrairement à ce qu'il adviendrait d'un legs de propriété (*suprà*, n° 537). C'est que l'usufruit, essentiellement attaché à la personne, ne comporte pas de substitution en faveur d'un autre individu, sous peine d'une altération radicale de son objet (f. 33, p. 1, *Dig.*, 7-1; f. 10, *Dig.*, 7-2).

Ces règles particulières étaient sans doute applicables, par analogie de motifs, aux legs des autres servitudes personnelles, et probablement même aux legs d'une servitude prédiale; car il était difficile d'en transférer l'avantage à toute autre personne que le propriétaire du fonds dominant. La *capitis deminutio* de l'un des colégataires devait aussi produire le même résultat que sa mort.

Les lois Julia et Papia Poppœa ne changèrent pas tout à fait cette théorie spéciale. Le legs d'usufruit était trop personnel pour donner lieu à l'exercice du *jus patrum;* mais il était soumis aux déchéances. On ne pouvait admettre, en effet, qu'un testateur éludât les prohibitions caducaires, au profit d'un *cœlebs* ou d'un *orbus*, en donnant à sa libéralité la forme d'un legs d'usufruit. Dès lors, il suffisait aux autres légataires d'avoir la *solidi capacitas*, pour acquérir par accroissement les parts devenues vacantes en vertu de ces lois ou de toute autre circonstance.

CHAPITRE XLIX

DES SUCCESSIONS AB INTESTATO OU LÉGITIMES.

(*Inst.*, III, t. I à IX.)

545. **Cas d'application de la succession légitime.** — Il n'y a pas d'héritier testamentaire, lorsque : 1° le défunt n'a pas testé; 2° il a fait un testament *injustum*, c'est-à-dire nul dès le principe, à cause de l'irrégularité des formes ou du défaut de *factio testamenti* active ou passive; 3° le testament valable à l'origine est devenu *irritum* ou *ruptum*, ou la plainte d'inofficiosité l'a renversé ; 4° l'héritier n'a pu ou n'a voulu faire adition, à raison de son prédécès, de la perte de sa capacité, de la défaillance de la condition apposée à l'institution, de la crainte ou de tout autre motif qui l'a poussé à répudier.

Dans ces quatre hypothèses, le défunt est *intestat*, et son hérédité s'appelle pour ce motif *ab intestato;* on la nomme aussi *légitime*, parce que la loi en fait elle-même l'attribution. Comme la succession testamentaire, la succession *ab intestato* ou légitime appartient au *jus civile;* on doit donc être citoyen romain pour la laisser ou la recueillir. Mais il faut aller ici plus loin qu'à propos des testaments. Nul ne laisse une hérédité légitime, s'il n'a l'aptitude à devenir propriétaire et n'est à la tête d'un culte privé ; ainsi l'esclave public, qui peut tester sur la moitié de ses biens, et le fils de famille, qui peut tester sur le pécule *castrense* et plus tard sur le pécule *quasi-castrense*, ne laissent jamais de succession *ab intestato*. En un mot, les personnes *sui juris* ont seules une hérédité légitime (*Paul*, IV, t. X, p. 3).

La succession *ab intestato* partage avec la succession testamentaire un certain nombre de théories précédemment étudiées. Leur sont communes la distinction des héritiers siens et nécessaires et des héritiers externes, la manière d'acquérir l'hérédité, la forme et les effets du partage, les règles de l'accroissement, la matière des fidéicommis, et des legs eux-mêmes sous Justinien. Mais la succession *ab intestato* demeure étrangère aux solennités du testament, et tout à fait indépendante des lois caducaires. En conséquence, il ne reste guère qu'à déterminer ici les personnes qui recueillent l'hérédité légitime.

Moins ordinaire et moins honorée que la succession testamentaire, soumise dans le cours de son histoire à des variations nombreuses et compliquées, antipathique par son esprit et par ses détails à nos conceptions modernes, la succession légitime ne mérite pas à beaucoup près, dans une exposition scolaire du droit romain, la grande et large place qu'y doit occuper le testament. Les principes élémentaires et leurs plus graves conséquences, tel sera donc le seul objet de ce chapitre.

546. **Notions fondamentales.** — Il faut poser d'abord quelques jalons préliminaires.

A. *Délation.* — La délation de l'hérédité légitime n'a lieu qu'au moment où l'on est certain que le défunt n'aura pas d'héritier testamentaire. Ce moment se confond le plus souvent avec l'instant du décès; mais il peut en être autrement, par exemple si le testament est affecté d'une condition suspensive (*Inst.*, III, t. I, p. 7; III, t. II, p. 6).

B. *Coexistence entre le défunt et l'héritier.* — Nul n'est appelé à une hérédité légitime qu'à la condition d'être déjà vivant lors de la mort du défunt; car il ne saurait y avoir aucun lien juridique entre deux personnes qui n'ont jamais coexisté. Du reste, le droit classique considère à cet égard comme vivant l'enfant simplement conçu, tandis qu'il lui refusa longtemps la capacité d'être institué, en sa qualité de personne incertaine (*suprà*, n° 464). C'est le préteur seul qui assimila l'enfant conçu à l'enfant vivant dans les successions testamentaires (f. 7 pr., f. 10, *Dig.*, 37-9).

C. *Ordres et degrés.* — La vocation *ab intestato* repose sur une distinction d'ordres ou de classes entre les successibles. Le membre d'un ordre l'emporte toujours sur les membres des ordres subséquents, fussent-ils plus proches parents du défunt. Ce n'est donc pas la proximité du degré, mais la priorité de l'ordre qui est décisive. Le degré présente plus d'importance entre les membres d'une même classe; mais, à ce point de vue même, il n'est pas la cause unique de préférence, et dans le même ordre, des parents de degrés différents peuvent venir ensemble à la succession.

Si le premier appelé fait défaut, il se produit une délation nouvelle de la succession, soit dans le même ordre en faveur des degrés plus éloignés, soit au profit des membres de l'ordre subséquent. Une série de défaillances des appelés peut donc amener une série de délations successives, *successio graduum et ordinum*. C'est ce

qu'on appelle la dévolution. Mais on verra bientôt qu'elle n'était pas toujours possible (*infrà*, n° 548).

D. *Partage par tête ou par souches.* — Souvent plusieurs parents arrivent concurremment à la succession. La quotité de leurs droits respectifs peut se calculer alors de deux façons.

1° Tantôt le partage a lieu par têtes, *per capita.* Cette formule signifie qu'on divise l'hérédité en autant de portions égales qu'il y a de successibles, et que chacun d'eux en obtient une. C'est la règle pour les cohéritiers en ligne directe, quand ils sont tous au premier degré, et pour les cohéritiers des autres ordres, quand il en vient plusieurs ensemble.

2° Tantôt le partage a lieu par souches, *per stirpes ;* ce procédé n'est applicable qu'aux successibles en ligne directe. Il consiste à donner aux descendants du deuxième degré ou d'un degré ultérieur, issus d'un même enfant prédécédé ou sorti de la famille, la part virile qu'il aurait eue lui-même en venant à la succession. Par exemple, supposons un fils en concours avec deux petits-enfants issus d'un autre fils mort ou émancipé ; la succession se partage en deux moitiés, l'une pour le fils, l'autre qui se subdivise par têtes entre les deux petits-fils. L'égalité règne ici, non plus entre les cohéritiers, mais entre les souches. Ce partage par souches se combine d'ailleurs avec un partage subsidiaire par branches, si les descendants du successible prédécédé sont entre eux à des degrés divers.

C'est à cette occasion que les anciens interprètes ont cru trouver dans le droit romain une prétendue théorie de la représentation, qui offre un double inconvénient. D'abord, par son nom même, elle peut engendrer une confusion ; car notre Code civil admet la représentation, mais uniquement des personnes mortes, tandis qu'à Rome les petits-enfants héritent à la place de leur père prédécédé ou simplement sorti de la famille. En second lieu, ce système est inexact au fond ; car entre autres conséquences étrangères aux textes romains, il aboutirait à ce résultat inadmissible que l'incapacité ou l'indignité du successible défunt exclurait ses descendants de l'hérédité, et que sa faute serait expiée par des innocents (1). On doit reprocher d'ailleurs à cette doctrine un vice irremédiable de logique. Elle attribue au descendant les prétendus droits de son auteur ; or ce dernier a perdu ses droits,

(1) Notre Code civil admet cette injustice (art. 730).

puisqu'il est mort ou émancipé ! Une telle conception a sa source dans l'idée fausse qu'un parent ne saurait concourir de son chef avec un parent plus proche ; mais si le législateur constate que tous les descendants, quoique de différents degrés, occupent la même place dans l'affection du *de cujus*, ne peut-il pas les appeler tous à titre personnel et dans un rang égal ? Ne le voyons-nous pas souvent classer dans un ordre antérieur des parents plus éloignés que d'autres successibles, par exemple, les arrière-petits-fils avant les frères ?

CHAPITRE L

SUCCESSION AUX INGÉNUS.

(*Inst.*, III, t. I à VI et IX.)

L'ensemble très-complexe de la succession aux ingénus comprend trois éléments principaux, qui sont la loi des Douze Tables et les développements civils ou prétoriens qu'elle reçut par la suite.

SECTION PREMIÈRE

SYSTÈME DES DOUZE TABLES (*Inst.*, III, t. I, p. 1-8).

La loi des Douze Tables distinguait trois ordres de successibles *ab intestato* : les héritiers siens, les agnats et les gentils.

547. **Ordre des héritiers siens.** — Le premier ordre se composait des héritiers siens (*heredes sui* ou simplement *sui*) ; on entend par là les descendants qui seraient, au moment de la délation de l'hérédité, placés sous la puissance immédiate du défunt, s'il vivait encore. La délation de l'hérédité légitime peut s'opérer, comme on le sait, au moment où vient à défaillir la condition apposée à l'institution d'un héritier testamentaire ; dans cette hypothèse, il faut que le successible *ab intestato* ait été sous la puissance au moins médiate du défunt, lors de son décès.

D'après cette définition, sont héritiers siens les enfants ou descendants ultérieurs par mâles, issus du mariage ou adoptifs, non sortis de la famille par un événement quelconque. Ajoutons à ces diverses personnes la femme *in manu*, qui leur était juridiquement assimilée, comme fille à l'égard de son mari et petite-fille à l'égard de son beau-père.

Par exception à la règle, on admet à succéder en qualité de *sui* les enfants ou petits-enfants simplement conçus au jour du décès de leur père ou aïeul, et ceux qui peuvent invoquer les fictions de la loi Cornélia ou du *postliminium*, après la mort de leur auteur (*Inst.*, p, 2, 4, 7, 8, *hic;* f. 1, *Dig.*, 38-16).

C'est à cet ordre que s'applique, s'il y a lieu, le partage par souches (*suprà*, n° 546). Considérés comme copropriétaires de leur père, les héritiers siens acquièrent moins une propriété nouvelle que le libre exercice d'une propriété préexistante. Ils sont donc héritiers nécessaires; en d'autres termes, la succession leur est acquise de plein droit, à l'instant même de la délation. Ce résultat s'accomplit bon gré, mal gré, même à leur insu, et fussent-ils incapables (*Inst.*, p. 3, *hìc; Paul,* IV, t. VIII, p. 6).

De là découle que l'héritier sien ne peut transférer l'hérédité à un tiers, qu'elle est immédiatement transmissible à ses propres héritiers, et qu'il n'est jamais question, ni d'accroissement au profit de ses cohéritiers, ni de dévolution à des successibles postérieurs.

548. **Ordre des agnats.** — A défaut d'héritiers siens, l'hérédité légitime est déférée aux agnats, sans limitation de degré. On se rappelle que l'agnation est le lien qui relie les membres d'une même famille civile; les *heredes sui* sont donc eux-mêmes des agnats, mais préférables aux autres. La loi des Douze Tables appelait indistinctement dans cet ordre les hommes et les femmes. Vint une jurisprudence postérieure qui en exclut toutes les femmes, à l'exception des sœurs; la succession d'une femme continua d'appartenir à ses agnats d'un degré quelconque, mais elle ne put plus espérer que la succession de son frère. Dès lors on subdivisa l'ordre des agnats; on appela spécialement consanguins le frère et la sœur, et les mâles au delà du second degré conservèrent la dénomination technique d'agnats. Cette restriction, corrélative dans son esprit à la tutelle perpétuelle des femmes, dérive probablement de la loi Voconia, ou tout au moins de la *Voconiana ratio,* c'est-à-dire du désir de borner la fortune des femmes (*Inst.*, p. 1, 2, 3, *hic; Paul,* IV, t. VIII, p. 22).

De plusieurs agnats, le plus proche en degré l'emporte toujours sur les autres. S'il y en a plusieurs au même degré, ils partagent par têtes (*Inst.*, p. 5, 6, *hìc*).

Les agnats ne sont que des héritiers externes; l'acquisition de

l'hérédité leur est facultative et ne résulte pour eux que d'une adition conforme aux règles des testaments (*supra*, n° 490). De ce point de départ, que la succession n'est pas acquise de plein droit, il faut conclure que l'agnat, et plus généralement tous les héritiers légitimes non nécessaires, peuvent par une *in jure cessio* faite avant toute adition ou répudiation, transférer l'hérédité à un tiers. Ce dernier est alors investi des droits réels, créances et dettes du défunt, comme s'il eût été lui-même héritier (*Gaïus*, II, 35).

Le même principe aurait dû produire cette autre conséquence, que l'hérédité répudiée par l'agnat appelé fût transmise aux agnats subséquents. Cependant le droit classique repousse toute dévolution dans cet ordre ; il semble donc le sacrifier facilement à l'ordre ultérieur, c'est-à-dire aux gentils. Ce résultat est trop illogique pour avoir été vrai dès l'origine; il date probablement de l'époque où le préteur remplaça les gentils par les cognats ou parents du sang dans la troisième classe d'héritiers. Il est d'ailleurs certain que Justinien rétablit la dévolution entre les agnats (*Gaïus*, III, 12, 22 ; *Inst.*, p. 7, *hic*).

549. **Ordre des gentils.** — Après les héritiers siens et les agnats venaient les *gentiles* ou membres de la *gens*. Il est impossible d'exposer les règles de cette succession, parce que la science actuelle n'a pas encore acquis une notion exacte de la *gentilitas*. Cicéron en a bien donné une définition qu'il présente comme un modèle du genre; mais elle nous apprend seulement que les *gentiles* portaient le même nom, étaient nés d'ingénus, ne comptaient que des ingénus parmi leurs ancêtres, et n'avaient pas subi de *capitis deminutio*, c'est-à-dire n'étaient jamais sortis de leur famille civile. Ces renseignements n'ont pas éclairci le mystère. Parmi bien des conjectures, la plus conforme aux choses antiques suppose que les *gentiles* tenaient à la primitive division des citoyens de Rome en trois tribus, trente curies et trois cents décuries; la décurie serait la *gens*, et constituerait une sorte d'agrégation politique et religieuse, mais indépendante de toute communauté d'origine. En termes plus clairs, il y aurait là comme une vaste famille artificielle, unie par des rites communs, fixée peut-être dans un même quartier de la ville, et prête à recevoir les successions non recueillies dans les familles proprement dites qui la composent (Cic., *Topic.*, 6).

Cette constitution reçut une grave atteinte du triomphe de la démocratie sur l'aristocratie et son esprit de caste, surtout de l'ex-

tension du droit de cité romaine à l'Italie et même au delà. Du temps des jurisconsultes classiques, le *jus gentilitatis* était tombé dans une désuétude complète, qui explique la pénurie de nos renseignements sur cette vieille institution.

550. **Observations générales.** — Le système des Douze Tables, fondé sur la notion étroite de l'agnation et de la puissance paternelle, méconnaissait ouvertement les liens du sang et conduisait à deux conséquences iniques : 1° l'ordre des héritiens siens ne pouvait exister pour les femmes, et par suite leurs descendants ne leur succédaient jamais à ce titre ; entre l'enfant et sa mère il n'y avait aucun droit de succession, à moins qu'elle ne fût soumise à la *manus* de son mari ; 2° la succession des hommes eux-mêmes était refusée à tous leurs descendants par les femmes, et à ceux de leurs descendants par mâles qu'ils avaient émancipés ou donnés en adoption. On va voir que le droit prétorien et le droit impérial effacèrent progressivement ces injustices choquantes.

SECTION DEUXIÈME

SYSTÈME PRÉTORIEN (*Inst.*, III, t. I, p. 9-13. ; t. IX).

551. On sait déjà que le préteur avait, pour la succession testamentaire, organisé à côté du droit civil un droit héréditaire, plutôt parallèle qu'opposé, sous le nom de *bonorum possessio à testato*. Elle nous a même apparu sous deux formes : 1° la *bonorum possessio contrà tabulas*, sanction pratique des règles posées par le préteur à l'égard de l'institution ou de l'exhérédation des descendants, et qui fait tomber le testament et toutes ses dispositions dans la mesure où elle est obtenue (*suprà*, n° 471) ; 2° la *bonorum possessio secundùm tabulas*, déférée aux institués en exécution même du testament, dans certains cas où le préteur déroge aux exigences du droit civil pour la validité originaire ou le maintien du testament (*suprà*, n° 484). Ces *bonorum possessiones* testamentaires étaient sans aucun doute soumises aux lois caducaires.

Ce que le préteur avait ainsi fait pour la succession testamentaire, il le fit aussi pour la succession légitime, en organisant la *bonorum possessio ab intestato*.

§ I

Diverses espèces de ***bonorum possessiones.***

Le préteur établit ou reconnaît quatre ordres principaux de successibles : les descendants (*liberi*), les agnats ou autres héritiers civils (*legitimi*), les cognats (*cognati*), le conjoint survivant (*vir et uxor*). Chaque ordre fait l'objet d'un chapitre spécial dans l'édit ; de là, pour désigner ces quatre classes, les expressions romaines de *bonorum possessio undè liberi* (sous-entendez *vocantur*), *undè legitimi*, *undè vir et uxor*, *undè cognati*.

522. **Undè liberi.** — La première classe prétorienne est l'ordre des *liberi*, plus large que l'ordre civil et correspondant des *heredes sui*. En effet, le préteur y introduit des *sui* fictifs à côté des *sui* proprement dits ; dans ce but, il fait abstraction de toute *minima capitis deminutio* qui leur a enlevé la qualité d'héritiers siens. Sont donc *liberi* les descendants qui auraient été *sui* envers le *de cujus*, sans l'émancipation ou la dation en adoption dont ils ont été l'objet. Mais le préteur n'admet cette fiction qu'au profit d'enfants du sang du défunt, et sous la condition qu'ils ne se trouvent pas encore dans une famille adoptive, à l'époque de la mort de leur père naturel ; car ils auraient alors recueilli déjà, ou gardé l'espoir de recueillir plus tard la succession de leur père adoptif (*Gaïus*, II, 136, 137 ; III, 26 ; *Inst.*, III, t. I, p. 9, 10, 11).

En résumé, on peut donner des *liberi* la définition suivante. Ce sont tous les enfants qu'un testateur est tenu d'instituer ou d'exhéréder d'après le droit prétorien, c'est-à-dire tous les *sui heredes* naturels ou adoptifs, et tous les descendants naturels qui compteraient au nombre des *sui heredes*, si une *minima capitis deminutio*, que rescinde le préteur, ne les avait empêchés d'obtenir ou de conserver cette qualité. La *bonorum possessio undè liberi*, qui leur est déférée par le préteur, suppose qu'il n'y a pas eu ou qu'il n'y a plus lieu à une *bonorum possessio* testamentaire (f. 1, p. 2, *Dig.*, 38-6).

Cette *bonorum possessio* leur procure la succession sans nulle charge de libéralités testamentaires, amène un partage à faire selon les règles suivies entre héritiers siens, c'est-à-dire par souches, et les soumet au rapport comme la *bonorum possessio contrà tabulas* (f. 1 pr. ; f. 9., *Dig.*, 37-6).

553. *Du rapport.* — On entend par rapport ou *collatio bonorum*

l'obligation, imposée aux descendants émancipés, de partager leurs biens personnels avec les *sui heredes* qui subissent leur concours dans l'une des *bonorum possessiones undè liberi* ou *contrà tabulas*. Cette obligation est étrangère à toute autre *bonorum possessio*.

Personnes qui le doivent ou y ont droit. — La nécessité de rapporter pèse sur le *bonorum possessor* lui-même, s'il est *sui juris* lors du décès, ou, s'il est *alieni juris*, sur l'ascendant qui recueille par son intermédiaire le bénéfice de la *bonorum possessio;* ce dernier cas se réalise, entre autres exemples, quand le défunt est un émancipé dont le fils est né et resté sous la puissance de l'aïeul. Dans ces deux catégories d'hypothèses, le rapport se fonde sur un motif d'évidente justice. En effet, les *sui heredes* n'ont pu acquérir que pour le défunt, puisqu'ils lui étaient soumis; le fruit de leurs acquisitions se partage donc entre eux et la personne gratifiée de la *bonorum possessio;* l'équité veut dès lors que cette dernière verse aussi ses biens personnels dans la masse à partager (f. 1 pr., p. 14; f. 5, *Dig.*, 37-6).

Le droit d'exiger le rapport et d'en profiter n'appartenait jamais qu'aux *sui;* il n'en était pas question entre descendants tous émancipés. Encore fallait-il que les *sui* ne se fussent pas contentés de leur titre civil, et qu'ils eussent demandé la *bonorum possessio*. Le rapport ne leur était dû qu'autant que le concours des émancipés leur préjudiciait, et dans la mesure de ce préjudice (f. 3, p. 2, 3; f. 1, p. 5, 8, *Dig.*, 37-6).

Ces règles classiques furent élargies par la jurisprudence et par les empereurs. Car d'un côté Antonin le Pieux soumit la fille restée sous la puissance du *de cujus* à la nécessité de rapporter sa dot. D'un autre côté, les *sui* continuèrent d'y avoir seuls droit pour la dot adventice, c'est-à-dire émanée d'un autre que le père; mais on en étendit le bienfait aux enfants émancipés comme aux *sui* pour la dot profectice, c'est-à-dire émanée du père (f. 9, *Dig.*, 37-7; C. 4, *Cod.*, 6-20).

Biens qui s'y trouvent soumis. — Le rapport n'était applicable qu'à ceux des biens du *bonorum possessor* qui eussent été compris dans la succession, s'il fût resté *suus*. Par exemple, on y soumettait l'actif corporel ou incorporel de l'émancipé, avec le passif qui le grevait, le tout apprécié au jour du décès. Échappaient au rapport les *bona castrensia* ou *quasi-castrensia*, et quelques autres biens

dont le descendant pouvait se trouver investi, notamment la dot reçue de sa femme (f. 1, p. 15, 16, 20; f. 2, p. 1, *Dig.*, 37-6).

Généralisation. — Dans le droit de Justinien, le fils de famille a la propriété de tous les biens qui lui adviennent sans le fait du père. Ce grave changement devait influer sur l'ancienne théorie du rapport, et cet empereur posa deux règles définitives : 1° le rapport s'applique à tous les biens que le descendant successible, émancipé ou *suus*, a reçus de l'ascendant défunt et qui sont imputables sur la quarte légitime, de même qu'à la dot et à la donation *propter nuptias*; 2° le rapport ne s'applique pas aux biens que n'acquiert plus le père, c'est-à-dire aux *bona castrensia*, *quasi castrensia* et *adventitia* (C. 19, 20, 21, *Cod.*, 6-20).

En résumé, le rapport a fini par sortir du vieux cadre prétorien, qui le restreignait à la succession d'un ascendant mâle, recueillie par des descendants issus de mâles. Il s'est étendu à la succession des ascendants de tout sexe, mais ne porte plus que sur les biens provenus du défunt. Il persiste à ne grever jamais les ascendants ou les collatéraux, ni même les descendants qui viennent *à testato*.

554. **Undè legitimi.** — Le second ordre prétorien comprend, selon sa dénomination même, tous ceux qui ont été reconnus comme héritiers, après la première classe, par la loi des Douze Tables ou quelque autre source du *jus civile*. Ce sont les agnats, les gentils (jusqu'à la disparition de la *gentilitas*), et certains cognats que la législation impériale voulut bien appeler à ce rang, comme on le verra dans la section suivante. Le préteur acceptait ici les résultats du droit civil, et n'introduisit dans cette catégorie aucun héritier de sa création (f. 1, *Dig.*, 38-7).

Undè cognati. — Le troisième ordre constitue la principale réforme prétorienne. Il se compose de tous les parents, en cette seule qualité et sans aucune distinction; mais le préteur limite la vocation au sixième degré inclusivement, et n'appelle dans le septième que les enfants de cousins et cousines issus de germains (*sobrino sobrinâve nati*). Parmi les cognats vivants ou conçus au jour de la délation de la *bonorum possessio*, le plus proche exclut les autres. S'il y en a plusieurs au degré le plus proche, ils viennent ensemble et partagent par têtes. La manière de calculer les degrés, indiquée ici par Justinien, nous est déjà connue (*Inst.*, III, t. V pr., p. 5; t. VI; *suprà*, n° 41).

La *cognatio* qui sert de fondement à cette *bonorum possessio* peut d'ailleurs être : 1° la *parenté légitime ex justis nuptiis.* Outre les *liberi* et les agnats qui n'ont pas besoin d'invoquer le titre de cognats, le préteur range dans cette classe, entre autres personnes, tous les parents par les femmes et les agnates non consanguines ; 2° la *parenté naturelle en dehors des justæ nuptiæ.* Sont cognats à ce point de vue les enfants *vulgò quæsiti ;* les enfants *ex concubinatu* ont la même vocation successorale dans leurs rapports avec leur mère ou les cognats de leur mère, mais ne l'ont pas avec leur père, tout au moins depuis l'admission de la légitimation ; enfin la *cognatio servilis*, considérée comme *nulla* par le droit classique, est prise en considération depuis Justinien ; 3° la *parente adoptive.* C'est une règle civile que l'agnation, dans les cas où la cognation ne l'accompagne pas, en a néanmoins tous les effets ; mais la personne qui n'est cognate qu'en vertu d'une adoption n'aura presque jamais à se prévaloir de la *bonorum possessio undè cognati* qu'après avoir répudié les *bonorum possessiones undè liberi* ou *undè legitimi* (*Gaïus*, III, 29, 30 ; *Inst.*, III, t. V, p. 4 ; t. VI, p. 10 ; f. 1, p. 4, *Dig.*, 38-8).

Les simples cognats ne sont jamais appelés qu'en l'absence de *liberi* ou d'agnats (*Inst.*, III, t. V pr. ; f. 1 pr., *Dig.*, 3-8).

Undè vir et uxor. — A défaut des successibles précédents, le préteur fait venir le conjoint survivant. Cette *bonorum possessio* suppose deux personnes engagées dans les *justæ nuptiæ* lors de l'ouverture de la succession, et ne concerne ni le simple concubinat, ni le *matrimonium injustum*, ni le mariage civil déjà dissous par le divorce. L'antique *manus* en supprimait l'utilité. Car si la femme *in manu mariti* vient à prédécéder, ses biens restent au mari qui les avait acquis ; survit-elle ? le droit civil et le droit prétorien la classent, en première ligne, dans l'ordre des descendants. Cette *bonorum possessio* ne prit donc une importance réelle qu'après la disparition de la *manus* (f. 1, pr. et p. 1, *Dig.*, 38-11).

Autres *bonorum possessiones.* — Dans l'hypothèse du décès d'un ingénu émancipé sans contrat de fiducie, le préteur préfère au *manumissor extraneus* dix cognats dont l'énumération se trouve dans les Institutes. à savoir, le père et la mère, l'aïeul et l'aïeule paternels et maternels, le fils et la fille, le petit-fils et la petite-fille par les mâles ou par les femmes le frère et la sœur consanguins ou utérins. C'est la *bonorum possessio undè decem personæ* (*Inst.*, III, t. IX, p. 3).

Le préteur pouvait aussi donner ce qu'on appelait la *bonorum possessio uti ex legibus* aux personnes expressément appelées par une loi, par un sénatus-consulte ou par une constitution impériale. Elle est donc analogue dans son office à la *bonorum possessio undè legitimi*. Elle se distingue des autres par l'étendue de son application; car elle n'est pas restreinte à certaines personnes déterminées, ni renfermée dans des hypothèses spéciales, et se donne tantôt *ex testamento*, tantôt *ab intestato*. Elle suppose vraisemblablement une disposition civile qui défère, non pas l'hérédité, mais la possession de biens. On en peut citer pour exemple la *bonorum possessio* des parts vacantes accordée au peuple par les lois caducaires (*Ulpien*, XXVIII, 7; *Gaïus*, III, 46, 47, 50, 52; *Inst.*, III, t. IX, p. 8) (1).

§ II

Formes, délais, effets de la *bonorum possessio*.

555. **Formes et délais.** — Jusqu'à Justinien, la *bonorum possessio* ne put s'acquérir qu'en vertu d'une demande expresse. Cette demande exigeait même des termes solennels et se portait devant le magistrat supérieur; c'est Constantin ou Constance qui permit de la rédiger dans une formule quelconque et de l'adresser aux magistrats municipaux. La décision constituait un acte de juridiction gracieuse (C. 9, *Cod.*, 6-9).

Le préteur enferma la faculté de demander la *bonorum possessio* dans un délai utile de cent jours en principe, et d'un an pour les ascendants ou descendants du défunt. A la différence du *tempus deliberandi*, ce délai court de plein droit et sans décret spécial. L'expiration de ce délai donne ouverture au droit d'accroissement ou de dévolution, quand il y a lieu (*Inst.*, III, t. IX, p. 9, 10, 11).

Effets *cum re* **ou** *sinè re*. — La *bonorum possessio* classique est *cum re* ou *sine re*. Donnée *cum re*, elle est opposable à l'héritier civil comme aux tiers ; donnée *sine re*, elle n'est opposable qu'aux tiers, et n'empêche pas l'héritier civil d'évincer ou de repousser le *bonorum possessor*.

Dans l'origine, elle fut en principe *sine re*. Car la *bonorum possessio* commença par n'être qu'un moyen de régler en fait la pos-

(1) Trois autres espèces de *bonorum possessiones* s'appliquent aux successions des affranchis et seront indiquées plus bas.

session d'une hérédité litigieuse, et de déterminer jusqu'à la fin de l'instance les rôles des parties dans la pétition d'hérédité. Elle n'était alors *cum re* qu'à la condition de compéter à l'héritier lui-même ou d'être déférée en l'absence d'héritiers ; mais elle restait *sine re* chaque fois que le *bonorum possessor* avait à lutter contre un *heres*.

Peu à peu, la supériorité du système successoral des préteurs sur la vieille législation civile devint claire à tous les yeux ; sous l'apparence modeste d'un règlement de procédure, il tendit de plus en plus à refondre l'ensemble des successions. Les jurisconsultes et les empereurs l'élargirent et le consacrèrent, et l'on voit au temps classique les *bonorum possessiones contrà tabulas* ou *secundùm tabulas* souvent déclarées *cum re*. Quant aux *bonorum possessiones ab intestato*, les textes sont muets ; mais on ne peut douter que l'efficacité n'en ait reçu de même une extension progressive.

Les *bonorum possessores cum re* ou *sine re* jouissent l'un et l'autre de l'interdit *quorum bonorum* et de la *petitio hereditatis possessoria*, dont il sera traité dans la théories des actions. La question débattue sur l'interdit n'est que provisoire, et se tranche toujours en faveur du *bonorum possessor* quel qu'il soit, pourvu qu'il ait demandé la *bonorum possessio* en temps utile et dans les formes voulues. La question débattue sur la pétition d'hérédité est définitive, et le *bonorum possessor cum re* y peut triompher seul contre l'héritier. En outre, tout *bonorum possessor* a bien la faculté d'usucaper les choses corporelles de l'hérédité ; mais le *bonorum possessor cum re* est seul assuré d'achever l'usucapion.

556. **Différences de la** *bonorum possessio edictalis* **et de la** *decretalis*. — La *bonorum possessio* est ordinairement accordée sans examen, en vertu d'une disposition générale de l'Édit ; aussi l'appelle-t-on alors *edictalis*, et c'est la dénomination qu'il faut lui donner dans tous les cas précédents (f. 30, p. 1, *Dig.*, 29-2).

Mais il y a d'autres hypothèses où la *bonorum possessio* est qualifiée de *decretalis ;* ce nom fait entendre qu'elle n'est alors accordée qu'en vertu d'un décret rendu après examen. Il est probable que la *bonorum possessio decretalis* précéda l'*edictalis*, dont elle avait d'abord les conséquences, et qui ne fut que la généralisation de la précédente. Une fois l'*edictalis* organisée, la *decretalis* subit une transformation de nature et d'effets, et ne se présenta plus qu'à propos de circonstances non prévues dans les règles législatives

de l'Édit. On ne peut donc fournir une liste complète des applications qu'elle a reçues; mais un principe à peu près certain, c'est que la *bonorum possesssio* ne se donne qu'en présence d'obstacles temporaires, qui empêchent actuellement la preuve d'un droit déjà ouvert ou l'acquisition d'un droit encore éventuel à la *bonorum possessio edictalis*. L'exemple le plus célèbre de cette pratique est dans l'édit Carbonien. Supposons un impubère qui demande la *bonorum possessio undè liberi* ou *contrà tabulas* en sa qualité de descendant du défunt, et dont l'état est contesté. Le préteur ne fera pas juger immédiatement cette grave question d'état, et la renverra au temps où l'enfant pourra la diriger lui-même ; en attendant, comme s'il n'y avait pas de litige, il lui accordera, après une vérification sommaire de la vraisemblance de ses droits, une *bonorum possessio decretalis* qui restera provisoire (*Dig.*, 37-10).

Les différences entre la *bonorum possessio edictalis* et la *decretalis* sont assez graves. 1° De nature et de forme, la première appartient à la juridiction gracieuse, la seconde à la juridiction contentieuse, puisqu'elle suppose un examen; aussi ne peut-elle être demandée qu'au tribunal du magistrat, jamais par voie de simple requête écrite. Le délai pour solliciter la *decretalis*, quoique pareil en théorie au délai de l'*edictalis*, est plus long en pratique; car on n'y doit compter comme utiles que les jours non fériés. Enfin, puisque la *decretalis* n'est pas déférée par l'Édit, mais par un décret spécial après une demande formelle, elle est acquise en même temps que déférée, et ne saurait faire l'objet d'une répudiation (f. 3, p. 8, *Dig.*, 37-1 ; f. 2, p. 1, 2, *Dig.*, 38-15 ; f. 1, p. 7, *Dig.*, 38-9).

2° Dans ses effets, la *bonorum possessio decretalis* est toujours *sine re;* car elle implique obligation éventuelle de restituer, et dès lors ne constitue pas non plus une *justa causa possidendi.* Elle ne procure ni la pétition d'hérédité, ni même l'interdit *quorum bonorum* qui suppose l'*animus domini*. Le titre du *bonorum possessor decretalis* n'est pas transmissible à ses héritiers. Du reste, moyennant une satisdation, ce *bonorum possessor* a le droit d'administrer la succession, et l'exercice actif ou passif des actions héréditaires ; il est protégé dans sa possession par l'interdit prohibitoire *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est* (f. 1, *Dig.*, 37-3 ; f. 3, p. 13 ; f. 5, p. 1, 2, 5, *Dig.*, 37-10; *Dig.*, 43-4) (1).

(1) L'ensemble des observations précédentes sur les *bonorum possessiones* justifie bien la division qu'en présentent les textes : 1° *bonorum possessiones juris*

Douze Tables excluait les utérins, et les germains ou consanguins n'héritaient qu'à la condition de n'avoir pas subi de *capitis deminutio*. Le préteur classait les uns et les autres parmi les cognats. L'empereur Anastase commença par admettre au rang des agnats les consanguins émancipés, mais non leurs enfants; seulement, en présence de frères ou de sœurs non émancipés, leur part était restreinte aux deux tiers de ce qu'ils eussent recueilli s'ils fussent restés dans la famille. Justinien assimila sur ce point les germains, les consanguins et les utérins, et compléta l'innovation en appelant, à défaut de frères ou sœurs, les enfants au premier degré d'un frère émancipé ou utérin, ou d'une sœur quelconque (*Inst.*, III, t. V, p. 1; t. II, p. 4; C. 15, p. 1 et 2, *Cod.*, 6-58).

Justinien rendit aussi aux femmes agnates les droits héréditaires que leur avait enlevés la *Voconiana ratio*, et les mit pour l'avenir sur la même ligne que les hommes (*Inst.*, III, t. II, p. 3; C. 14 pr., *Cod.*, 6-58).

APPENDICE

SUCCESSION LAISSÉE PAR UN FILS DE FAMILLE OU PAR UN ÉMANCIPÉ.

559. *Succession laissée par un fils de famille.* — Le *filiusfamiliâs* acquit peu à peu l'aptitude à devenir propriétaire, et la capacité précieuse de tester lui fut accordée par Adrien et par Justinien, dans une mesure déjà connue. Mais on lui refusa jusqu'à Justinien la faculté de laisser une succession *ab intestato;* s'il mourait donc intestat, ses biens étaient attribués comme un pécule ordinaire (*jure peculii*) à l'ascendant investi de la puissance.

Mais vers le milieu du cinquième siècle de notre ère, les empereurs dérobèrent à cette règle la dot, la donation *ante nuptias* et généralement les *lucra nuptialia;* l'exception fut étendue par Justinien aux biens adventices, et vraisemblablement aux *pécules castrense* et *quasi-castrense*, c'est-à-dire en somme à tous les biens dont le fils de famille avait la propriété. Ils formèrent désormais une véritable hérédité légitime, dévolue d'abord aux descendants du défunt ou de la défunte, après eux au père ou à l'aïeul; le père primait toujours l'aïeul et ne lui laissait que l'usufruit. Plus tard, on fit passer avant le père les frères et sœurs quelconques du *de cujus*. Mais la mère fut admise à concourir avec eux pour une part virile ou de moitié, suivant une distinction déjà faite; et Justinien con-

serva dans tous les cas au père de famille l'usufruit qu'il avait eu sur les biens de l'enfant vivant (C. 3; 4; 6, p. 1, *Cod.*, 6-61; C. 7, p. 1, *Cod.*, 6-56).

560. *Succession laissée par un émancipé.* — Dans le droit classique, la succession *ab intestato* de l'enfant émancipé appartenait en première ligne à ses descendants *sui* ou assimilés aux *sui*, en seconde ligne à l'ascendant émancipateur, si l'émancipation est faite *contractâ fiduciâ*, et dans l'hypothèse contraire au *manumissor extraneus*.

La *bonorum possessio undè decem personæ*, le Tertullien et l'Orphitien avaient successivement modifié cette législation avant Justinien. Ce prince y apporta la plus sensible des réformes, en déclarant que l'ascendant émancipateur serait toujours réputé faire l'émancipation *contractâ fiduciâ*. Dès lors il ne fut jamais primé que par les descendants et les frères ou sœurs du *de cujus* (*Inst.*, III, t. II, p. 8; C. 2, 7, *Cod.*, 6-56).

CHAPITRE LI

SUCCESSION AUX AFFRANCHIS.

(*Inst.*, III, t. VII.)

On a précédemment étudié les successions aux ingénus sous le triple aspect du droit civil, du droit prétorien et du droit impérial. Les successions aux affranchis présentent la même division.

§ I

Droit des Douze Tables.

561. Dans le système des Douze Tables, tous les affranchis sont citoyens. Leur succession *ab intestato* appartient à leurs héritiers siens, les seuls agnats qu'ils puissent avoir. A défaut d'héritiers siens, la loi appelle le patron et ses descendants. Ces personnes remplacent l'ordre des agnats. 1° Comme les agnats, elles succèdent sans distinction de sexe; mais on exclut les descendants de la patronne, les descendants du patron par les filles, et ceux qu'il a émancipés ou donnés en adoption; les autres enfants prennent la succession de l'affranchi, indépendamment de toute participation

à la succession du patron. 2° C'est la proximité du degré qui détermine la délation ; ainsi, de deux patrons dont l'un survit et l'autre prédécède, le survivant écarte les enfants du prédécédé ; le fils du patron prédécédé écarte le petit-fils, etc. Le partage se fait toujours par têtes. Enfin le patron et ses descendants sont des héritiers externes (*Inst.* pr., *hic; Gaïus*, III, 43, 45, 46, 49, 58, 60, 61).

Ces règles s'appliquaient également à la succession laissée par une personne libérée du *mancipium*.

Du reste, la liberté de tester était entière pour tous les affranchis.

§ II

Droit prétorien.

562. Le préteur voulut attribuer au patron une situation plus avantageuse et plus sûre. Il ne s'occupa d'ailleurs que de l'hypothèse où le patron et l'affranchi étaient l'un et l'autre du sexe masculin. Car il ne tenait pas à donner des fortunes aux patronnes; pour les affranchies, elles ne pouvaient tester qu'avec l'*auctoritas* de leur tuteur, c'est-à-dire du patron, et ne pouvaient mourir *ab intestato* sans lui laisser leur succession, puisqu'elles manquaient d'héritiers siens (*Ulpien,* XXIX, 2).

Innovations principales. — Dans les rapports successoraux du patron et de l'affranchi, le préteur introduisit deux modifications : 1° à défaut de testament, le patron est exclu par les *liberi* de l'affranchi. Mais en présence d'un enfant adoptif ou d'une femme *in manu,* il a droit à une moitié qu'il obtient par une *bonorum possessio undè legitimi;* 2° s'il y a un testament, le patron est exclu par les *liberi* de l'affranchi, soit institués, soit admis à la *bonorum possessio contrà tabulas*. Mais lorsqu'ils sont régulièrement exhérédés, ou qu'il n'en existe pas, l'affranchi doit laisser au patron la moitié de ses biens, par institution ou par une libéralité quelconque de dernière volonté; sinon le patron l'exige au moyen de la *bonorum possessio contrà tabulas* (*Gaïus*, III, 41 ; *Inst.*, p. 1, *hic*).

Bonorum possessiones *spéciales*. — Le préteur organise aussi trois *bonorum possessiones* spéciales à la succession de l'affranchi : 1° *Tùm quem ex familiâ ;* elle est, à défaut du patron et de sa postérité, déférée subsidiairement à ses agnats ; 2° *Undè patronus, patrona, liberique et parentes patroni patronæve ;* elle est utile pour le patron et la patronne qui ont subi une *capitis deminutio* depuis l'af-

franchissement, pour les descendants du patron sortis de sa famille ou qui n'en ont jamais fait partie, pour les descendants de la patronne, pour les ascendants du patron ou de la patronne qui sont étrangers à leur famille; car aucune de ces personnes ne pourrait se prévaloir des *bonorum possessiones undè legitimi ni tum quem ex familiâ;* 3° *Undè cognati manumissoris;* en l'absence d'autres personnes, le préteur défère la succession de l'affranchi aux plus proches cognats du patron (*Ulpien*, XXVIII, 7).

Du reste, ces trois *bonorum possessiones* doivent se combiner: 1° avec la *bonorum possessio undè cognati*, qui les prime toutes pour appeler à la succession les cognats de l'affranchi; 2° avec la *bonorum possessio undè vir et uxor*, qui prime la troisième pour appeler à la succession le conjoint de l'affranchi, par préférence aux cognats du patron.

§ III

Droit impérial.

Dans cette période, il faut distinguer les trois classes d'affranchis, jusqu'à Justinien qui les confond (1).

563. **Affranchis citoyens.** — La loi Papia Poppœa, fidèle à l'esprit des lois caducaires dont elle fit partie, se proposa d'encourager la procréation légitime.

Droits du patron. — Il n'y a rien de changé à la succession de l'affranchi mâle qui laisse une fortune inférieure à cent mille sesterces. Est-elle égale ou supérieure à ce chiffre, pour que le patron soit exclu, il faut que l'affranchi ait alors trois enfants au moins; s'il n'en a qu'un ou deux, le patron prend une part virile, sans distinction entre la succession légitime et la succession testamentaire. Les mêmes dispositions sont applicables aux descendants mâles et par mâles du patron, ainsi qu'à ses descendantes investies du *jus trium liberorum* (*Inst.*, p. 2, *hic; Ulpien*, XXIX, 5; *Gaïus*, III, 42, 46).

S'agit-il d'une affranchie, la loi Papia Poppœa créait elle-même un danger, en libérant l'affranchie de la tutelle du patron par le *jus quatuor liberorum;* car elle lui donnait ainsi la capacité de tester seule. Pour écarter ce péril, dans l'hypothèse d'un testament, elle assura toujours au patron une part virile, d'après le

(1) Le germe des solutions suivantes est indiqué *suprà*, n° 23.

nombre des enfants laissés par la défunte. Si l'affranchie mourait sans testament, le patron continua de recueillir toute la succession, faute d'héritiers siens, jusqu'à l'Orphitien qui, nous l'avons dit, fit passer les enfants de la défunte avant le patron. Les mêmes droits appartenaient aux fils ou descendants mâles du patron. Quant à ses descendantes investies du *jus liberorum*, on les y admit aussi, réserve faite de certaines discussions sur le cas où l'affranchie avait elle-même le *jus liberorum* (*Gaïus*, III, 44, 47).

La vocation des enfants du patron était toujours subordonnée à leur légitimité (f. 18, *Dig.*, 38-2).

Droits de la patronne. — La femme qui affranchit un homme est-elle une affranchie elle-même, trois enfants lui donnent accès à la *bonorum possessio undè legitimi* pour une moitié, dans les circonstances où l'Édit l'accorde au patron. La patronne est-elle ingénue, deux enfants lui valent la même *bonorum possessio*, et trois enfants ou plus la font participer aux avantages que la loi Papia a créés pour le patron. Aucune innovation n'est établie en faveur de la patronne sans enfants (*Gaïus*, III, 50).

La patronne d'une femme, quand elle est douée du *jus liberorum*, a contre le testament qui la dépouille une *bonorum possessio dimidiæ partis*. Si la patronne n'a pas le nombre légal d'enfants, ou que l'affranchie meure *intestata*, la législation des Douze Tables conserve son entière application (*Gaïus*, III, 52).

Les droits de la patronne ne passaient pas à ses enfants sous les Douze Tables. Les lacunes du texte de Gaïus empêchent de préciser les modifications de la loi Papia sur ce point. Mais il est certain que la légitimité n'était pas exigée des enfants de la patronne pour leur vocation telle quelle (f. 18, *Dig.*, 38-2).

564. **Latins Juniens.** — Jusqu'à la loi Junia Norbana, ces esclaves affranchis sans formes solennelles ou par un propriétaire bonitaire n'avaient qu'une simple liberté de fait (*suprà*, n° 17). Leurs biens ne constituaient au fond qu'un véritable pécule, et le maître s'en emparait à ce titre, quand leur mort mettait fin à la protection que leur assurait le préteur.

Après la loi Junia Norbana, cette qualité de pécule aurait dû disparaître, et persista néanmoins pour une raison facile à saisir. C'est que le patron était hors d'état de recueillir ces biens comme héritier ; car la législation des Douze Tables n'avait pu les prévoir ni les comprendre dans une vocation successorale. Aussi, pour at-

tribuer au patron du Latin Junien des droits sur le patrimoine de son affranchi, continua-t-on à dire que ce dernier vivait libre et mourait esclave. Par conséquent, le Latin Junien n'était pas capable de tester. Ces dispositions furent plus tard étendues aux nouveaux affranchis latins que créa la loi Ælia Sentia (*Inst.*, p. 4, *hìc ; Gaïus*, III, 56).

Puisque les biens du Latin Junien ne forment qu'un pécule, les droits du patron prédécédé sont toujours compris dans sa succession et ne passent pas à ses descendants exhérédés. En outre, le plus proche exclut le plus éloigné, et si l'affranchi, avant d'être libre, appartenait à plusieurs par fractions inégales, son patrimoine se partage entre eux, proportionnellement à ces propriétés respectives. Enfin le patron n'est tenu des dettes de l'affranchi que dans la mesure et suivant les règles de l'action *de peculio*, c'est-à-dire *intrà vires* et pendant une année utile. Ces divers corollaires de notre point de départ n'ont rien de commun, on le voit, avec les principes qui dominent la succession du patron à l'affranchi citoyen (*Gaïus,* III, 58, 59, 60, 61, 62; *suprà*, n° 563).

Du Largien. — Un sénatus-consulte Largien, porté sous le règne de Claude, modifia la plus importante de ces règles. Désormais les héritiers externes furent exclus des biens du patron par tous les descendants que le patron n'avait pas exhérédés *nominatim* (*Inst.*, p. 4, *hìc ; Gaïus*, III, 63).

Une constitution ultérieure de Trajan, et un sénatus consulte rendu sur la proposition d'Adrien, s'occupèrent du cas où le Latin Junien serait devenu citoyen par l'effet d'un rescrit rendu à l'insu ou contre le gré du patron. Alors, même en laissant des enfants, il était réputé mourir Latin Junien; on ne lui reconnaissait le droit de tester qu'à l'effet d'instituer son patron et de lui donner un substitué. Mais pour conquérir la position intégrale de l'affranchi citoyen, il n'avait qu'à recourir plus tard à quelque autre mode d'acquisition de la cité (*Inst.*, p. 4, *hìc ; Gaïus*, III, 73; *suprà*, n° 24).

Déditices. — Le sort des biens laissés par le déditice relevait d'une distinction qui nous est déjà connue. On leur appliquait les règles posées à l'occasion de l'affranchi citoyen ou du Latin Junien, selon que le déditice, abstraction faite de son vice originaire, aurait dû devenir citoyen ou Latin par l'effet naturel de son affranchissement (*Gaïus,* III, 74-76).

§ IV

Droit de Justinien.

565. Justinien ne reconnaît plus que des affranchis citoyens et supprime, en conséquence, les inégalités précédentes. Il efface aussi toute différence entre le patron et la patronne ou leurs enfants, entre la succession du *libertinus* et celle de la *libertina*.

L'affranchi a-t-il testé, il faut rechercher s'il laisse une fortune inférieure ou supérieure à cent sous d'or, s'il est *minor* ou *major centenario* : 1° dans le premier cas, le patron ne peut attaquer les dispositions quelconques du testament; 2° dans le second cas, le patron reste étranger à l'hérédité de l'affranchi qui a des descendants institués, ou lorsqu'ils arrivent à sa succession par la plainte d'inofficiosité. En toute autre hypothèse, un tiers des biens est assuré au patron, qui le recueille sans la charge des legs, par une *bonorum possessio contrà tabulas*. Justinien commet une inadvertance bizarre, en négligeant le défunt qui laisse précisément cent sous d'or, ni plus ni moins.

L'affranchi est-il mort intestat, Justinien fait passer avant le patron tous les descendants du défunt qui se trouvent libres au jour du décès, fussent-ils nés en esclavage. En l'absence de toute postérité de l'affranchi, les biens sont déférés au patron, ensuite à ses descendants, enfin à ses collatéraux jusqu'au cinquième degré inclusivement. Les plus proches l'emportent, et l'Empereur admet le partage par têtes et la dévolution (*Inst.*, p. 4, *hic;* III, t. II, p. 7 ; C. 4, *Cod.*, 6-4 ; C. 1, *Cod.*, 7-6).

APPENDICE

DE L'*ADSIGNATIO LIBERTORUM* (*Inst.* III, t. VIII).

566. La règle ancienne qui appelait également à l'hérédité de l'affranchi tous les plus proches descendants du patron prédécédé, reçut une exception d'un sénatus-consulte rendu sous le règne de Claude (an 799 de Rome, 46 de notre ère). Il fut désormais permis au patron d'investir de tous ses droits sur l'affranchi et sa succession l'un de ses enfants, comme si ce dernier était seul et avait fait lui-même la manumission. Cette attribution exclusive s'appelle *adsignatio liberti*.

L'*adsignatio* résulte d'une manifestation quelconque de volonté, verbale, écrite ou par signe. Elle comporte toute modalité suspensive (f. 13, p. 3, *Dig.*, 38-4 ; *Inst.*, p. 3, *hic*).

Elle ne peut émaner que du patron en personne, non de ses enfants. Mais elle n'est valablement opérée qu'en faveur du descendant même exhérédé qui se trouve actuellement sous sa puissance immédiate ou médiate, sans distinction de sexe ni de degré. En conséquence, elle est inadmissible au profit d'un émancipé, et de la part de la patronne (*Inst.*, p. 1, 2, *hic*).

L'*adsignatio* est susceptible d'une révocation expresse ou tacite. Entre autres exemples, le père la révoque tacitement en faisant sortir son enfant de la famille, au moyen d'une émancipation ou d'une adoption. Elle s'évanouit aussi par la survivance du patron à l'affranchi, ou lorsque le descendant qui en est gratifié répudie, meurt ou perd la cité sans laisser aucun enfant (*Inst.* pr., *hic;* f. 1, p. 4 à 6, *Dig.*, 38-4).

De sa nature, l'*adsignatio* ne constitue pas une libéralité de dernière volonté ; car les *jura patronatûs*, transmissibles même aux enfants exhérédés, ne comptent pas dans l'hérédité du patron. Aussi n'est-elle valablement grevée d'aucune charge et ne s'impute-t-elle pas sur la quarte Falcidie (f. 7, *Dig.*, 38-4).

Les effets en sont clairs. Au point de vue spécial de la succession de l'affranchi, l'*adsignatio* écarte le concours de tout autre descendant du même rang ou d'un rang préférable. Elle admet l'application du droit d'accroissement entre plusieurs bénéficiaires. Elle est transmissible, dans l'ordre des degrés, aux descendants du privilégié qui répudie sa vocation exclusive, ou que la mort ou la perte de la cité empêche d'en profiter (f. 3, p. 7 ; f. 4 ; f. 5, p. 1-2. *Dig.*, 38-4).

CHAPITRE LII

TABLEAU FINAL DE LA SUCCESSION LÉGITIME AVANT ET APRÈS LA NOVELLE 118.

567. **Résultats obtenus.** — En résumé, le système successoral *ab intestato* suit jusqu'à Justinien une marche progressive. De nouvelles successions légitimes ont trouvé place dans le cadre nécessairement élargi de la loi ; elles ont deux grands caractères propres.

1° Elles restent indépendantes de la *minima capitis deminutio* que le défunt aurait subie de son vivant, ou qui atteindrait le successible lui-même avant l'acquisition de l'hérédité; ces mêmes causes éteignent, au contraire, les successions fondées sur les Douze Tables. S'il fallait en croire Justinien, les nouvelles successions survivraient même à la *media* et à la *maxima capitis deminutio.* Mais il y a là une exagération. Bien que la perte de la liberté ou de la cité ne puisse effacer la cognation ni détruire le lien du sang, elle empêche néanmoins de laisser ou de recueillir aucune succession. Le *capite minutus* vînt-il à recouvrer la liberté ou la cité, sa personne juridique ne serait plus la même qu'autrefois, et les droits attachés à la parenté ne renaîtraient pas (*Ulpien*, XXVII, 5; *Paul*, IV, t. X, p. 2; *Inst.*, III, t. IV, p. 2).

2° Les successions nouvelles peuvent échoir à des personnes placées sous la puissance paternelle; le père en acquiert alors la pleine propriété dans le droit classique, et l'usufruit seulement dans le droit de Justinien. Au contraire, les successions anciennes n'étaient jamais déférées qu'à des personnes *sui juris.*

Ces deux conséquences graves tiennent au principe que la parenté naturelle est le fondement des nouvelles successions.

Justinien lui-même ajouta, comme on l'a vu, plus d'une décision aux constitutions ou sénatus-consultes antérieurs. Par un corollaire forcé des modifications qu'il introduisit dans l'émancipation, il fit disparaître la *bonorum possessio unde decem personæ;* il supprima également les *bonorum possessiones tùm quàm ex familiâ; undè patronus, patrona, liberique,* etc., et *undè cognati manumissoris.* Pour son époque, l'énumération et le classement des *bonorum possessiones* sont faciles à déterminer : 1° *contrà tabulas;* 2° *secundùm tabulas;* 3° *undè liberi;* 4° *undè legitimi;* 5° *unde cognati;* 6° *undè vir et uxor;* 7° *uti ex legibus.* En outre, toute *bonorum possessio* est désormais *cum re* et le *bonorum possessor* n'a plus besoin d'usucaper; il acquiert immédiatement la propriété quiritaire, puisque Justinien n'en reconnaît pas d'autre (*Inst.*, III, t. IX, p. 5-6; cf. *Gaïus*, IV, 144, et *Inst.*, IV, t. XV, p. 3).

Dès lors il est vrai de dire, en général, que toutes les successions anciennes et nouvelles, civiles et prétoriennes, se sont réunies et fondues dans un seul système : l'unification du point d'arrivée remplace l'unité du point de départ. Plus de conflit dans une même hypothèse entre le droit civil et le droit prétorien; le second

a prévalu pour la détermination des successibles, et le premier pour les effets du titre héréditaire. L'ancien antagonisme ne persiste plus que dans les mots.

Justinien admet aussi la dévolution dans les degrés et dans les ordres, *successio graduum et ordinum* (*Inst.*, III, t. IX, p. 3).

568. **Système des Novelles.** — Cet ensemble de règles, qu'on peut appeler le système successoral des Institutes et du Code de Justinien, avait eu pour résultat d'assimiler en grande partie aux agnats les plus proches cognats, notamment les descendants, les père et mère, les frères et sœurs, les neveux et nièces. Mais, en dehors de ces parents, l'influence de l'agnation était restée prépondérante ; et même, à leur égard, on devait blâmer encore la supériorité des petits-enfants *ex filio* sur les petits-enfants *ex filiâ*, et l'exclusion de la mère par le père. Justinien porta le dernier coup aux débris des vieilles iniquités. Moins de dix ans après les Institutes, la célèbre Novelle 118, aidée de la Novelle 127 qui lui sert de supplément, vint établir une organisation toute nouvelle. Justinien s'y rapprocha du point de départ moderne, qui est de régler les successions légitimes sur l'ordre de nos affections naturelles.

En effet, l'Empereur proclame le principe que la succession *ab intestato* doit aller aux parents en cette seule qualité, sans différence entre la descendance par les mâles et la descendance par les femmes, entre l'agnation et la cognation.

Il distingue trois classes de successibles ; mais elles sont au nombre de quatre en réalité.

569. *Première classe.* — Elle comprend les descendants du défunt ou de la défunte, sans aucune exclusion ; avec les enfants sous puissance sont appelés les enfants émancipés ou donnés en adoption, fût-ce à un ascendant (*adoptio plena*). Mais les enfants sous puissance ne recueillent que la nue propriété ; car leur *pater* acquiert nécessairement l'usufruit, dans toutes les circonstances où il ne l'avait pas déjà du vivant du défunt.

Sur une même souche, le plus proche exclut le plus éloigné. Entre descendants de souches différentes, la proximité du degré n'est pas une cause de préférence, et le partage se fait *per stirpes*. Il n'y a plus de descendants *sui* (*Nov.* 118, c. I).

Deuxième classe. — Elle embrasse : 1° les ascendants ; 2° les frères et sœurs germains, et leurs enfants au premier degré. Parmi les

ascendants, les plus proches excluent toujours les plus éloignés. Lorsque plusieurs membres de la deuxième classe arrivent conjointement à l'hérédité, il faut, pour déterminer le mode de partage, considérer deux hypothèses :

1° Il n'y a que des ascendants. Alors, s'ils appartiennent à des lignes différentes, le partage a lieu par lignes ; si tous font partie de la même ligne, on partage par têtes.

2° Dans les autres cas de concours, on partage par têtes pour les ascendants sans égard aux lignes, ainsi que pour les frères et sœurs germains ; on partage par souches pour les neveux et nièces germains (*Nov.* 118, c. II ; *Nov.* 127).

Troisième classe. — Appartiennent à la troisième classe les frères et sœurs unilatéraux, c'est-à-dire utérins ou consanguins, et leurs enfants au premier degré. Pour la délation et le partage de l'hérédité, on suit les règles du deuxième ordre (*Nov.* 118, c. III).

Quatrième classe. — Cette quatrième classe renferme tous les collatéraux autres que les précédents. Le droit de succession est-il admis à l'infini, comme il l'était autrefois pour les agnats, ou s'arrête-t-il aux limites posées par le préteur pour les cognats ? La seconde opinion paraît plus rationnelle.

Le plus proche collatéral obtient la préférence. Entre collatéraux du même degré, le partage se fait toujours par têtes (*Nov.* 118, c. III).

570. *Successeurs irréguliers.* — Outre ces héritiers ordinaires *ab intestato*, on reconnaît quatre catégories de successeurs irréguliers :

1° *Enfant naturel et concubine.* — L'enfant naturel et sa mère ont droit à des aliments dans la succession du père naturel, quand il laisse une épouse ou des enfants légitimes. A défaut de ces personnes, ils peuvent réclamer ensemble un sixième des biens, à partager par têtes entre la concubine et les enfants concubinaires ; un douzième appartient toujours à la mère. De son côté, le père naturel obtient des aliments ou même un sixième des biens de son enfant naturel, si ce dernier ne laisse ni femme ni postérité légitime (*Nov.* 89, c. XII, XV).

Aucune vocation successorale n'est admise entre les enfants illégitimes non concubinaires et leur père. Mais il existe un droit illimité de succession entre la mère naturelle et son enfant *vulgò quæsitus* (*suprà*, nos 558-559).

Les enfants adultérins ou incestueux sont incapables de rien recueillir ni de leur père ni de leur mère, soit par succession *ab intestato,* soit par libéralités entre-vifs ou testamentaires (C. 6, *Cod.*, 5-5).

2° *Conjoint.* — Quand l'époux prédécédé ne laisse pas de parents, le conjoint survivant non divorcé, mari ou femme, arrive à la *bonorum possessio undè vir et uxor*, que Justinien n'a certainement pas supprimée.

La veuve du *de cujus*, lorsqu'elle est à la fois pauvre, c'est-à-dire hors d'état de vivre suivant sa condition, et non dotée, reçoit une part d'enfant dans la succession de son mari, jusqu'au maximum d'un quart de l'hérédité. S'il y a des enfants communs, on leur réserve la nue propriété de la portion maternelle, et la mère est réduite à l'usufruit. Ce droit de succession de la veuve est une heureuse inspiration, que notre Code civil aurait dû suivre (*Nov.* 53, c. VI, p. 2; *Nov.* 117, c. V).

Réciproquement, le mari veuf prend l'usufruit d'une partie des biens de sa femme, lorsqu'ils vont à des descendants communs, placés ou non sous sa puissance (C. 3, *Cod.*, 6-60).

3° *Corporations.* — A défaut de parents et de conjoint survivant, les biens du *de cujus* peuvent passer à certaines corporations dont il faisait partie. Les plus célèbres sont les curies ou colléges de décurions, les corps militaires (*legio, vexillatio*), les églises à l'égard des prêtres desservants, les couvents, etc. (C. 4, 2, *Cod.*, 6-62; C. 20, *Cod.*, 1-3; *Nov.* 5, c. V; *Nov.* 131, c. XIII).

4° *Fisc.* — En dernier lieu la succession est déférée au *fiscus* ou trésor impérial, qui a pris la place de l'*œrarium* ou trésor du peuple; cette attribution des biens en deshérence ou *bona vacantia* vient de la loi Pappia Poppœa. Le fisc succède moins à la personne qu'aux biens. Il n'est appelé qu'à recueillir l'excédant de l'actif sur le passif et ne peut donc, s'il ne s'engage à payer toutes les dettes, acquérir l'hérédité contre le gré des créanciers; car on ne saurait leur refuser le droit de la vendre aux meilleures conditions possibles. Du reste, quand une succession est acquise par le fisc, tous les affranchissements, legs, et fidéicommis valables demeurent exécutoires (f. 1, p. 1; f. 11; f. 28, *Dig.*, 49-14).

Le fisc est libre de répudier. A partir du moment où l'on a la certitude qu'il ne se présentera nul héritier ou *bonorum possessor*, un délai de quatre ans continus est ouvert au fisc pour prendre

un parti; toute personne est libre, dans cet intervalle, de dénoncer la vacance des biens aux agents du trésor. Après ce terme, le droit du fisc est prescrit, et les biens restent à ceux qui les ont ou deviennent *res nullius*. Au surplus, les créanciers héréditaires sont admis à poursuivre la vente dans le cours de ce *quadriennium*, après un envoi en possession préalable (f. 1, p. 3, *Dig.*, 49-14; f. 10 pr., p. 1, *Dig.*, 44-3; C. 4, *Cod.*, 10-10; C. 5, *Cod.*, 7-72).

571. **Observations générales.** — Le système des Novelles, malgré quelques dispositions intolérantes qui refusent aux hérétiques le droit de succession, constitue dans son ensemble un véritable progrès sur le droit antérieur; rien ne l'égale dans l'œuvre législative de Justinien.

La fusion de l'hérédité civile avec la *bonorum possessio* est désormais achevée. La dévolution de degré à degré et de classe à classe, quoique passée sous silence par Justinien, résulte de l'enchaînement du nouveau système successoral.

Toutefois, la distinction des descendants *per masculos* ou *per feminas*, des descendants *in potestate* ou *alieni juris*, des *sui* et des *extranei* ne disparaît pas absolument du droit romain. La Novelle 118, en effet, ne s'applique pas aux successions testamentaires, et laisse par conséquent subsister la théorie du testament inofficieux, de l'exhérédation et de la *bonorum possessio contrà tabulas*.

CHAPITRE LIII

INDICATION RAPIDE DES AUTRES MODES D'ACQUÉRIR *PER UNIVERSITATEM.*

(*Inst.*, III, t. X à XII.)

572. Outre la succession testamentaire et légitime, il existe quelques autres modes d'acquérir *per universitatem*. Mais ils ne réclament ici aucune explication détaillée, par la raison péremptoire que les principes nous en sont déjà connus, ou que l'intelligence en deviendra plus facile ailleurs.

Bonorum venditio et sénatus-consulte Claudien. — Ainsi Justinien mentionne, pour les supprimer, la *bonorum venditio* et l'acquisition qui dérive du sénatus-consulte Claudien. La première

appartient à la matière des actions; la seconde relève de principes déjà posés (*suprà*, n° 8; *Inst.*, III, t. XXII).

Adrogation. — L'adrogation (1) procurait à l'adrogeant la pleine propriété de l'actif de l'adrogé. Justinien ne lui en attribue plus que l'usufruit.

Quant aux dettes de l'adrogé, elles s'éteignaient anciennement par application des règles de la *capitis deminutio* (*suprà*, n° 134).

Mais le préteur accordait aux créanciers des actions utiles et fictives contre l'adrogé. L'adrogeant devait le défendre, c'est-à-dire figurer lui-même en qualité de partie à la *litis contestatio* et fournir la caution *judicatum solvi*; sinon, le magistrat envoyait les créanciers en possession des biens de l'adrogé, et les autorisait à les vendre comme s'ils avaient continué de lui appartenir. Sous Justinien, ces actions ne sont plus fictives, puisqu'il n'y a plus de formules; mais c'est contre l'adrogeant lui-même qu'elles s'intentent désormais (*Inst.*, III, t. X; *Gaïus*, III, 84; IV, 38) (2).

In jure cessio. — L'*in jure cessio* joue parfois le rôle d'un mode d'acquérir *per universitatem*, applicable seulement aux hérédités. Cette transmission suppose que le cédant n'a pas encore fait adition; car la qualité d'héritier qu'il aurait ainsi acquise serait indélébile. Les Proculiens assimilaient logiquement à cette hypothèse le cas où le cédant était *necessarius* ou *suus*. Même avant l'adition,

(1) On peut lui assimiler dans le vieux droit la *conventio in manum*, lorsqu'elle porte sur une femme *sui juris*.

(2) La *confiscation*, c'est-à-dire l'attribution au fisc des biens d'un particulier, est un mode d'acquérir *per universitatem* omis dans les Institutes. Elle résulte de l'indignité encourue par un héritier ou par un successeur universel, et de certaines condamnations criminelles. Dans ce dernier cas, elle s'attache de plein droit aux peines à la fois perpétuelles et capitales, comme la mort, l'esclavage, la perte de la cité; elle est alors totale. Le juge peut la prononcer, totale ou partielle, quand la peine est la relégation ou l'exil à perpétuité. En dehors de ces hypothèses, elle est interdite au juge. Le fisc, qui prend les biens, supporte les dettes *intrà vires*.

Au temps classique, les descendants appelés comme *sui heredes* ou comme *liberi* avaient droit à la restitution d'une moitié des biens du condamné. De même, si le condamné était un affranchi, le patron ou les enfants du patron recueillaient la part dont il n'aurait pu les dépouiller. Justinien, sur la fin de son règne, se montre plus humain. Les biens des condamnés à une peine capitale ne passent plus au fisc qu'à défaut de descendants ou d'ascendants, et même de collatéraux jusqu'au troisième degré inclusivement; réserve est faite aussi de la dot et de la donation *propter nuptias* pour la femme légitime, et des droits que la concubine et les enfants concubinaires pourraient opposer aux héritiers (*Dig.*, 48-20 *Cod.*, 9-49; *Nov.* 134, c. 13).

la cession émanée d'un héritier testamentaire externe est absolument nulle. La seule personne qui puisse user de ce mode d'acquérir *per universitatem* est donc l'héritier *ab intestato* volontaire ; il se substitue par là le cessionnaire dans tous ses droits et charges héréditaires.

A l'époque de Justinien, l'*in jure cessio* n'existe plus. Aussi cette acquisition *per universitatem* ne nous est-elle révélée que par Gaïus et par Ulpien (*Gaïus*, II, 34 à 37 ; III, 85 à 87 ; *Ulpien*, XIX, 11 à 15).

573. **Addictio bonorum libertatis gratiâ.** — Les Institutes signalent enfin un dernier exemple de transmission à titre universel ; c'est la *bonorum addictio libertatum conservandarum causâ*, dont l'origine ne remonte qu'à Marc-Aurèle. Elle a pour objet spécial de maintenir des affranchissements, et protége en même temps la mémoire du défunt et les droits de ses créanciers (*Inst.*, III, t. XI).

Conditions. — Elle suppose une institution répudiée par l'institué, et le défaut de tout successeur *ab intestato* (*Inst.*, p. 4, *hìc ;* f. 50, *Dig.*, 40-4).

Peut la demander l'esclave qui a reçu du défunt la liberté, soit directe ou fidéicommissaire, soit par codicilles, soit même entre-vifs. On finit par y admettre aussi les étrangers, c'est-à-dire toutes personnes *sui juris* (*Inst.*, p. 6, *hìc;* C. 6, *Cod.*, 7-2).

L'impétrant doit contracter l'obligation de garantir l'entier payement des dettes. Il s'engage toujours par une promesse individuelle, qu'il fait à l'un des créanciers désigné pour les représenter tous. Le magistrat exige le plus souvent qu'une sûreté personnelle ou réelle, comme une satisdation, un gage, une hypothèque, vienne consolider cette promesse ; l'*addictio* n'est alors définitive qu'après la constitution de ces garanties (f. 4, p. 8, 9, 10, *Dig.*, 40-5).

Effets. — L'*addictio bonorum* produit deux grands effets :

1° Tous les affranchissements émanés du défunt sont maintenus et dorénavant irrévocables. Les esclaves affranchis par legs auront pour patron le défunt lui-même (*liberti orcini*), s'ils n'adhèrent à la volonté contraire que pourra manifester l'individu qui obtient l'*addictio*. Les esclaves affranchis par fidéicommis tombent sous le patronat de ce dernier ; car il remplace l'institué et fait lui-même la manumission (*Inst.*, p. 1, *hic ;* f. 4, p. 7, 12, 13, *Dig.*, 40-5).

2° L'*addictio* entraîne succession, non pas à la personne, mais aux biens du défunt. Les jurisconsultes assimilent le successeur de cette espèce au *bonorum possessor*. Il a donc besoin d'usucaper pour

acquérir la propriété quiritaire, et n'exerce contre les débiteurs héréditaires que des actions fictives. Il n'est lui-même passible que de cette sorte d'actions, lorsqu'il n'a pas fourni sa promesse personnelle et qu'on se contente de la tenir pour sous-entendue (f. 3; f. 4, p. 21, 22, *Dig.*, 40-5).

Dernier droit. — Ces principes sont élargis par Justinien.

L'*addictio* ne présuppose plus la promesse du payement intégral des dettes, si les créanciers consentent à ne recevoir qu'un dividende.

Quand la succession est insolvable, on peut obtenir l'*addictio* sans promettre la liberté à tous les esclaves affranchis; mais le droit de supprimer des affranchissements s'arrête au nombre où commencerait un bénéfice net. Il est même permis aux esclaves affranchis de préférer l'esclavage à la liberté ; leur désir s'exécute sans empêcher l'*addictio*.

La faculté de demander l'*addictio* disparaissait autrefois à l'instant même de la vente réalisée par les créanciers. Elle dure désormais une année au delà, sous la condition rigoureuse de satisfaire tous les créanciers, y compris l'acheteur lui-même, s'il a payé son prix.

L'*addictio bonorum* est accordée, soit à tous ceux qui la demandent en même temps, soit au premier de ceux qui la demandent successivement. Néanmoins, jusqu'à l'expiration de l'année, l'ordre des dates peut fléchir devant d'autres considérations. Par exemple, on préfère avec raison le concurrent qui promet la liberté au plus grand nombre d'esclaves affranchis (C. 15, *Cod.*, 7-2).

TROISIÈME PARTIE

THÉORIE DES ACTIONS.

(*Institutes*, liv. IV, t. VI-XVII.)

CHAPITRE I

NOTIONS GÉNÉRALES.

574. **Fondement rationnel de l'action.** — La théorie des actions est générale, et forme le complément nécessaire du système des droits de famille et des droits de patrimoine. Ces droits, une fois connus dans leurs sources, déterminés dans leur nature et mesurés dans leurs effets, ne laisseraient rien à dire, s'ils étaient respectés partout et toujours. Malheureusement la loi civile ne saurait avoir le privilége de l'inviolabilité, qui manque à des institutions de plus noble origine; ainsi que la loi morale et la loi religieuse, elle suppose le libre arbitre et doit compter avec les résistances passives ou directes.

Le droit, tel qu'il faut le concevoir dans la société, n'apparaît donc pas à l'esprit comme un principe inerte. Il est doué d'une sanction, c'est-à-dire muni d'une force qui l'impose aux récalcitrants. La force inhérente au droit a pour révélation principale l'*action*.

Ce mot, qui vient du latin *agere*, indique une mise en œuvre. Considérée de haut, l'action est par conséquent l'application d'un droit, sa puissance manifestée dans le fait. Cette conception originelle se ramifie ensuite.

Dans la doctrine abstraite, l'action n'est pas distincte du droit qu'elle sanctionne. On l'a souvent qualifiée de *droit sanctionnateur*, par opposition au *droit préexistant;* ainsi la revendication serait le droit sanctionnateur du droit préexistant de propriété. Cette

manière de parler, assez commode en apparence, n'est au fond que logomachie pure. L'action, c'est le droit en exercice, livré à la lutte judiciaire ou prêt à descendre dans l'arène ; c'est le droit vu sous l'aspect de la coercition. Dans la langue du législateur et du jurisconsulte, il n'y a pas de droit absolument idéal et dépourvu de toute faculté de contrainte. L'action et le droit se confondent ; car l'action ne va pas sans le droit, et le droit sans l'action n'est qu'un droit incomplet.

Dès les premiers pas d'un peuple dans la civilisation, un pouvoir social est établi pour juger entre particuliers. En effet, s'il était permis de se rendre justice soi-même, la force ne se trouverait pas toujours du côté de la raison. C'est ici que se font jour les notions de la compétence et de la procédure, et que l'idée d'action descend des hauteurs philosophiques pour engendrer des conséquences précises.

575. **Définitions de l'action.** — Dans une première acception technique, l'action est le recours à la puissance publique pour en obtenir la protection de son droit, soit en demandant, soit en défendant. On dira sous ce rapport que Primus intente contre Secundus l'action en revendication, ou la *condictio indebiti*, ou le *judicium mandati*, etc.

Dans un autre sens, l'action n'est plus le fait même du recours, mais la faculté de réaliser ce fait, de recourir à l'autorité. Par exemple, on dira que les pactes ne donnent pas d'action, à la différence des contrats, etc.

Enfin, sous un troisième aspect, l'action n'est plus le fait de recours, ni la faculté de recourir, mais le moyen indiqué, la forme prescrite pour exercer le recours. Ainsi l'on dira que l'*actio sacramenti* est moins simple que la *condictio*, etc.

En résumé, l'action est une faculté, un fait, une forme, suivant le côté qu'on y examine. Pour s'accorder sur la définition de ce mot complexe, il est donc nécessaire de s'entendre d'abord sur le point de vue où l'on se place. En dehors de ces notions capitales, l'action revêt encore dans la loi romaine d'autres significations étroites et particulières, qui changent avec les époques, et qu'il faudra mentionner au besoin.

576. **Questions essentielles que soulève l'action.** — Un traité complet des actions devrait comprendre trois parties principales: 1° l'examen des actions en elles-mêmes, envisagées comme fa-

d'autres (f. 2, p. 1, *Dig.*, 1-16; f. 5 pr., *Dig.*, 1-21; f. 1, p. 1, *Dig.*, 49-3).

L'admission de cette faculté, si contraire à nos idées modernes, s'explique suffisamment par le petit nombre des magistrats romains, et par la variété des fonctions réunies sur leur tête.

579. **Division du procès en deux instances.** — Le trait le plus saillant de l'organisation judiciaire de Rome, jusqu'au temps de Dioclétien, est la division du procès en deux instances, l'une devant le magistrat, *in jure*, l'autre devant le juge, *in judicio*. On appelait cette procédure *ordo judiciorum privatorum*, et les procès poursuivis par cette voie *judicia ordinaria*. Un rôle purement préparatoire appartenait au magistrat, qui se bornait à fixer avec précision l'objet du débat, c'est-à-dire la réclamation du demandeur et la défense de son adversaire. Puis il renvoyait l'examen et le jugement de l'affaire à un particulier, désigné spécialement pour chaque cause, nécessairement investi de la cité s'il devait être *judex arbiterve*, indifféremment citoyen ou pérégrin s'il devait être *recuperator;* le *judex* proprement dit siégeait toujours seul. Le juge, en général, était librement choisi par les plaideurs.

A la différence de nos jurés actuels, le juge romain connaissait du procès en droit comme en fait, prononçait lui-même la sentence, évaluait les dommages-intérêts, et transférait directement des *jura in re* par le moyen de l'*adjudicatio* dans certaines actions.

Cette institution remarquable avait d'énormes avantages. Les magistrats, trop peu nombreux, ne pouvaient statuer eux-mêmes sur les différends privés ; aussi doit-on attribuer à leur indépendance du fait et du détail la grande hauteur de vues qu'ont atteinte les préteurs. En outre, l'intervention du juge permettait de confier chaque affaire au plus capable de l'apprécier, et tempérait ce qu'aurait eu d'exagéré la puissance de quelques hauts fonctionnaires, s'ils eussent été seuls maîtres des litiges.

Par exception, on ne renvoyait pas devant le juge, quand les faits étaient clairs dès le premier abord. Car si la demande se trouvait ouvertement non recevable, le magistrat refusait l'action au demandeur, *denegatio actionis*. Si le défendeur, au contraire, en reconnaissait le fondement, son aveu équivalait à sa condamnation, *in jure confessus pro judicato habetur*. Dans les deux cas, le renvoi n'avait pas d'objet.

§ II

De la compétence.

580. Devant quelle juridiction faut-il se présenter ? C'est une question préalable à tout procès.

Droit antérieur à Justinien. — Les règles de l'ancien droit civil sur la compétence étaient assez rationnelles et d'une grande simplicité. Le demandeur devait porter son action, réelle ou de créance, devant le magistrat qui avait autorité sur le défendeur ; car il est naturel de favoriser la partie attaquée. Le demandeur avait donc le choix d'actionner le défendeur à son domicile ou dans sa patrie ; c'est ce qu'on appelle aujourd'hui le *forum domicilii* et le *forum originis*. Le dernier devint même double pour les Latins et les autres étrangers investis de la cité romaine, puisqu'il fut permis de les poursuivre à Rome, patrie légale, aussi bien que dans leur municipe : *Roma patria communis est*. En un mot, la compétence de l'ancien droit civil était essentiellement personnelle, et se résumait dans la maxime *Actor sequitur forum rei* (*Fr. Vat.*, 325-326).

Dès les derniers siècles de la République, une compétence réelle se développe à côté de la précédente, et le demandeur a l'option entre les deux. La nouvelle théorie s'applique d'abord aux obligations nées d'un contrat ou d'un quasi-contrat ; on admet le créancier à traduire le débiteur devant le magistrat du lieu où l'acte s'est passé, *forum contractûs*. Sous le Bas-Empire, en cas de délit, on peut poursuivre, soit à l'endroit qui a vu se produire le fait illicite, soit à l'endroit où le coupable est saisi, *forum maleficii*. Enfin les empereurs Arcadius, Théodose et Valentinien II recommandent d'intenter l'action *in rem* dans le lieu de la situation, *forum rei sitæ* (f. 19, p. 1-2 ; f. 36, p. 1, *Dig.*, 5-1, — C. 1, *Cod.*, 3-15 ; C. 3, *Cod.* 3-19).

Droit de Justinien. — Toutes les règles de la compétence sont unifiées par Justinien. Il les réduit à ce grand principe, que chacun doit comparaître à l'endroit où s'est formé, par un contrat, quasi-contrat, délit, injuste détention, le rapport obligatoire qui sert de cause à la poursuite. En d'autres termes, où vous avez lésé le droit du demandeur, là vous serez tenu de répondre à la demande (*Nov.* 69).

Compétences spéciales. — Certaines hypothèses étaient exceptionnelles.

Ainsi les créanciers héréditaires ont action contre l'héritier dans les mêmes lieux où la poursuite leur eût été ouverte contre le défunt ; c'est le *forum hereditatis* (f. 19, *Dig.*, 5-1).

Le magistrat saisi d'une affaire est, en thèse générale, compétent pour connaître de toutes les demandes reconventionnellement formées par le défendeur; cette doctrine ne soulève du moins aucun doute dans le droit de Justinien. C'est le *forum reconventionis* (C. 14, *Cod.*, 7-45).

Il y a connexité de plusieurs affaires, lorsqu'en les séparant, on nuirait à l'instruction et au jugement; tels sont le pétitoire et le possessoire. Or des affaires connexes, qui relèveraient en elles-mêmes de tribunaux différents, sont valablement jugées par le tribunal saisi de la cause principale, ou, quand elles sont égales, par le premier saisi. Constantin frappe même d'une peine le demandeur qui tenterait de les séparer. C'est le *forum connexitatis* (C. 10, *Cod.*, 3-1).

Enfin les parties sont libres de déroger à la compétence ordinaire en choisissant elles-mêmes un magistrat. Il faut que leur consentement soit exempt d'erreur, de dol et de violence. Le magistrat convenu entre les intéressés reste maître de refuser cette mission, et doit se trouver d'ailleurs compétent *ratione materiæ ;* la volonté des particuliers ne peut couvrir que l'incompétence *ratione loci vel summæ*. Ces conditions réunies forment le *forum prorogatum vel pactitium* (f. 1, 2, 74, *Dig.*, 5-1).

Concours de plusieurs compétences. — Il arrivera donc parfois qu'une seule et même affaire sera de la compétence de plusieurs tribunaux. Dans ce cas, le demandeur a le choix ; *petitor habet electionem ubi petat, reus ubi solvat, scilicet antè petitionem* (f. 2, p. 3, *Dig.*, 13-4 ; f. 19, p. 4, *Dig.*, 5-1).

La loi romaine applique même ce principe au *forum pactitium*, et permet à chaque partie de l'abandonner pour le *forum* du droit commun. Il n'y a d'obligatoire que le *forum connexitatis* (f. 18, *Dig.*, 2-1 ; C. 10, *Cod.*, 3-1).

Il est probable que le tribunal, une fois saisi, exclut définitivement tous les autres.

Incompétence. — L'incompétence est opposable par le magistrat ou par le défendeur. Le magistrat incompétent peut accepter

l'affaire et constituer ainsi le *forum pactitium*, suivant une règle déjà posée, à moins qu'il ne s'agisse de l'incompétence *ratione materiæ*, qui annule la procédure et fait considérer le jugement comme non avenu (C. 1, *Cod.*, 2-11 ; *Cod.*, 7-48).

De son côté, le défendeur doit invoquer le déclinatoire dès le début du procès ; sinon, il est censé y renoncer. Le magistrat apprécie lui-même le mérite de l'exception d'incompétence, avant de procéder au débat sur le fond. Ce moyen préliminaire de défense est célèbre sous le nom de *præscriptio fori* (f. 5, *Dig.*, 5-1 ; C. 4, 13, *Cod.*, 8-36).

CHAPITRE III

DES TROIS SYSTÈMES DE PROCÉDURE CIVILE EN GÉNÉRAL.

581. Le droit romain a successivement pratiqué trois systèmes de procédure, les *actiones legis*, les *formulæ*, la *cognitio extrà ordinem*. Les deux premiers ont pour caractère commun la séparation du procès en deux instances, l'une devant le magistrat, l'autre devant le juge, c'est-à-dire l'*ordo judiciorum*. La transition ne fut jamais entre eux brusque ni violente, et s'opéra sans transformation radicale, comme il sied aux nations qui tiennent compte du passé, dominent le présent et préparent l'avenir.

Le système formulaire, œuvre d'une époque où la science juridique jetait un incomparable éclat, et contemporain des grands jurisconsultes classiques, est le plus intéressant à connaître. Mais il plonge par ses racines dans le précédent, et constitue sous d'autres formes le fond principal du suivant ; on ne peut donc l'isoler absolument dans l'explication.

Il faut indiquer ici quelques attributs plus ou moins constants de la procédure romaine.

1° En principe, elle fut toujours orale. Il n'y eut d'écrit, même au temps de Justinien, que l'exploit d'assignation et certains actes de l'appel ; le jugement était prononcé de vive voix, après une rédaction préalable. Les débats étaient résumés séance tenante dans un procès-verbal, qu'on reportait ensuite avec plus de soin sur les registres judiciaires. Les parties pouvaient en obtenir copie (*Cod.*, 7-44 ; *Fragm. Vat.*, 112 ; C. 32, p. 2, 4, *Cod.*, 7-62).

2° La justice était également publique. A l'origine, c'est au *forum*, en plein jour, que s'exerce la juridiction; le coucher du soleil est le terme suprême de toute procédure, *sol occasus suprema tempestas esto*. Plus tard, la publicité reçoit des limites; on n'admet dans les salles d'audience, *secretaria*, *secreta*, que les citoyens *honorati*, et la foule n'y pénètre que par exception. Les délibérations ont lieu derrière des *vela* entre les magistrats et leurs assesseurs; mais les décisions sont toujours rendues en public (C. 5, *Cod.*, 12-19; C. 5, *Cod.*, 11-5).

3° La justice fut gratuite au début. Ce caractère disparut par la suite, et les frais judiciaires se déterminèrent d'après la nature des actes, le rang du tribunal et l'importance de la cause. Néanmoins le plaideur pauvre en était exempté; son adversaire participait alors à la même faveur (*Nov.* 17, c. III; C. 6, *Cod.*, 7-51).

4° Enfin la justice ne fut jamais continue, *assidua*. Les magistrats et les juges ne connaissaient des procès qu'à des jours déterminés, *dies fasti*, *dies cognitionum*, et s'en abstenaient les autres jours, *dies nefasti*, *dies feriati*. Sous l'Empire, il y avait environ deux cent trente jours par an consacrés au contentieux; le reste du temps, on ne statuait qu'au gracieux, ou sur péril en la demeure, ou pour trancher les causes relatives à la liberté (f. 1, p. 3, *Dig.*, 2-12; C. 8, *Cod.*, 3-12).

CHAPITRE IV

SYSTÈME DES ACTIONS DE LA LOI.

582. Le système des actions de la loi ouvre l'histoire judiciaire de Rome. Leur nom de *legis actiones* vient probablement de la consécration qu'elles reçurent pour la plupart des Douze Tables, ou de la rigidité des formules légales dont elles nécessitaient l'emploi (*Gaius*, IV, 11).

Le mot *actio*, dans cette période, revêt le troisième des sens précédemment indiqués, et désigne un ensemble d'actes symboliques et de paroles solennelles qui conduisent à la réalisation du droit; c'est une forme générale de procédure.

On distingue cinq actions de la loi, *actio sacramenti*, *judicis postulatio*, *condictio*, *manûs injectio*, *pignoris capio*. Les trois premières

sont introductives d'instance, et constituent des voies différentes pour arriver à la solution du procès; les deux dernières sont des modes d'exécution forcée. L'*actio sacramenti* et la *manûs injectio*, plus anciennes que toutes les autres, la *judicis postulatio* et la *pignoris capio*, qui viennent ensuite, ont certainement précédé la loi des Douze Tables; la *condictio* lui est postérieure de deux siècles environ.

§ I

Règles communes.

On a souvent le tort d'appliquer indistinctement aux trois systèmes de la procédure romaine certains principes caractéristiques, qui n'ont toute leur vérité qu'à l'époque des actions de la loi.

583. *Caractères généraux.* — 1° Les actions de la loi sont éminemment quiritaires. Les citoyens seuls pouvaient y figurer; de là sans doute une gêne énorme, qui dut s'accroître avec les relations internationales de Rome, et l'on aperçoit dans cet exclusivisme rigoureux une des principales causes de la ruine des *legis actiones* (Cicéron, *Pro Cœcinâ*, 35).

2° Elles sont éminemment sacramentelles. Le moindre écart des prescriptions légales, la moindre violation du rite consacré pour les gestes ou les mots entraîne la perte du procès. C'est le temps où le demandeur qui se plaint d'une dévastation de ses vignes succombe dans son instance, pour avoir employé le terme propre *vites*, au lieu du terme générique *arbores* inscrit sur les Douze Tables (*Gaïus*, IV, 11).

3° Elles sont éminemment personnelles. En dehors de rares exceptions, nul n'y saurait procéder par représentant, et chacun doit pour son propre compte accomplir les actes symboliques et prononcer les paroles solennelles; *nemo alieno nomine lege agere potest*. Pour les périodes suivantes, Gaïus dira clairement, au contraire, *agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno* (f. 123, *Dig.*, 50-17; *Gaïus*, IV, 82).

4° Elles sont éminemment extinctives. Une fois introduite, et quelle qu'en soit l'issue, l'action se trouve consommée de plein droit, définitivement épuisée, et ne peut recommencer; *quâ de re semel actum erat, de eâ posteà agi non poterat*. Cette maxime ne fut appliquée dans le système formulaire qu'à certaines espèces d'instances, et finit par disparaître en réalité (*Gaïus*, IV, 106, 107, 108).

584. *Vocatio in jus.* — Il ne faut pas perdre de vue qu'à l'exception de la *pignoris capio*, les solennités des actions de la loi avaient exclusivement lieu dans l'instance devant le magistrat, *in jure*, et restaient étrangères aux débats devant le juge, *in judicio*. Le premier soin à remplir était donc d'amener le défendeur devant le magistrat. Cet acte préliminaire, l'ajournement en langue moderne, se nommait *vocatio in jus* et se ressentait de la rudesse des temps. Il n'y avait pas d'huissier; le demandeur appelait lui-même, en termes consacrés, son adversaire à comparaître, et devait au besoin lui fournir une monture ou un chariot, *jumentum aut arceram*. La personne assignée refusait-elle d'aller en justice, le demandeur constatait ce refus à l'aide de témoins, et pouvait ensuite entraîner l'autre partie de vive force, par le collet, *in jus rapere, obtorto collo*. Le défendeur n'avait d'autre moyen d'échapper à cette contrainte que de transiger ou de fournir un *vindex*, c'est-à-dire un répondant qui prenait à sa charge le procès et la condamnation possible (*Gaïus*, IV, 46).

La jurisprudence et l'Édit apportèrent de bonne heure, à cette *vocatio in jus* violente, des limitations qui tiraient vraisemblablement leur source de coutumes antiques. Ainsi furent inviolables les citoyens dans leur domicile, les grands magistrats dans la durée de leur magistrature, le pontife dans la célébration du sacrifice, les époux dans la cérémonie du mariage, les ascendants et les patrons envers les descendants et les affranchis qui n'avaient pas obtenu l'autorisation préalable du préteur (f. 2, 4, 18, *Dig.*, 2-4).

§ II

De chaque *legis actio* en particulier.

Ces grandes lignes une fois tracées, il n'est pas nécessaire d'insister longuement sur le détail de chaque action de la loi.

585. **Actio sacramenti.** — Entre les *legis actiones*, la plus ancienne, la plus vivace, la plus générale et la mieux connue est l'*actio sacramenti*.

Sacramentum. — Elle a pour trait distinctif la constitution du *sacramentum*. Ce mot antique désigne une somme que les parties mettent en gageure et parient sur le fondement de leurs allégations respectives. La somme était égale pour chacun des adversaires ; la loi des Douze Tables en avait fixé le montant à cinq cents as pour les

litiges d'une valeur de mille as et plus, à cinquante as pour les litiges de moindre importance ou relatifs à la liberté. Cet enjeu devait d'abord se déposer à l'avance dans un temple ou dans un autre lieu sacré; plus tard, on admit les plaideurs à le promettre devant le préteur, en fournissant des garants appelés *prædes sacramenti*. Tout le procès roulait donc sur ce pari; la décision consistait à dire que le *sacramentum* de l'un ou de l'autre était *justum*, et le vaincu perdait tout ensemble la chose litigieuse et le montant de la gageure, qui profitait au trésor public pour le service des sacrifices. Le *sacramentum* était donc, au fond, la peine du plaideur téméraire.

Telle était l'essence de l'*actio sacramenti*. Les actes symboliques à réaliser et les paroles solennelles à prononcer variaient avec les cas.

585 *bis*. *Application aux droits réels*. — S'agissait-il de revendiquer la propriété quiritaire ou tout autre droit réel, les adversaires, amenés devant le magistrat par la *vocatio in jus*, accomplissaient une lutte simulée, *manuum consertio* pour les meubles, *deductio* pour les immeubles, et faisaient ensuite de vive voix une *vindicatio* réciproque dans la formule déjà signalée pour l'*in jure cessio* (*suprà*, n° 171). En ce moment on passait à la constitution du *sacramentum*, et le magistrat attribuait la possession intérimaire à l'une des parties. Mais cet avantage n'était accordé qu'à la charge de fournir des répondants qui garantissaient la restitution éventuelle de la chose et des fruits, *prædes litis et vindiciarum*, *id est rei et fructuum*. Le magistrat, ordinairement maître de trancher à son gré cette question provisoire, devait par exception, au cas où l'on revendiquait *in servitutem* une personne libre de fait, fixer la possession dans le sens de la liberté ; c'est pour avoir enfreint cette règle au détriment de Virginie qu'Appius Claudius occasionna la chute des décemvirs.

Application aux obligations. — S'agissait il d'une action de créance, d'une poursuite d'obligation, dans cette hypothèse, bien moins connue que la précédente, il n'y avait sans doute ni lutte simulée, ni *vindicatio* réciproque, ni possession intérimaire; les rôles étaient distincts, et l'on reconnaissait dès le principe un demandeur et un défendeur. Il est probable qu'avant la constitution du *sacramentum*, les parties s'interpellaient tour à tour sur la dette affirmée par l'une et niée par l'autre ; mais on ne peut ici former que des conjectures.

585 *ter*. *Datio judicis*. — Dans tous les cas, en matière réelle ou personnelle, la *datio judicis* venait après la consommation du rite et

le *sacramentum*. Peut-être, à l'origine, le juge fut-il nécessairement le tribunal des décemvirs, *decemviri litibus judicandis* (qu'il ne faut pas confondre avec les célèbres auteurs des Douze Tables, *decemviri legibus condendis*), et dans la suite le tribunal des centumvirs.

Mais au plus tard depuis une loi *Pinaria*, de date incertaine, et tout au moins dans les actions personnelles, le magistrat donne aux plaideurs, sur leur demande, un juge privé, après un délai de trente jours qui leur sert à préparer la cause. La *datio judicis* nécessite donc une comparution nouvelle devant le préteur; on l'assure de part et d'autre par des cautions, *vades*, d'où vient pour cette garantie le nom de *vadimonium*. Au jour fixé, les parties retournent devant le magistrat, qui nomme le juge, en précisant de vive voix les points ligitieux que doit trancher la sentence; elles invoquent le témoignage des assistants, pour établir plus tard devant le juge les paroles consacrées à sa mission par le préteur. De là le nom de *litis contestatio* donné à ce dernier acte de la procédure *in jure*.

Les adversaires s'ajournent immédiatement à comparaître *in judicio* dès le troisième jour, *dies comperendinus*, *comperendinatio*. Devant le juge, ils présentent un exposé sommaire de la cause, en quelque sorte des conclusions, *causæ collectio* ou *conjectio*. Puis viennent les preuves, les plaidoiries et la sentence (*Gaïus*, IV, 13-17).

586. **Judicis postulatio.** — La *judicis postulatio* est antérieure à la loi des Douze Tables; mais ce qu'en disait Gaïus ne nous est point parvenu, et les renseignements font défaut.

Elle fut introduite, soit pour épargner aux parties la nécessité de risquer et la chance de perdre le *sacramentum*, soit pour enlever à la sphère de l'*actio sacramenti* des affaires qui s'y pliaient difficilement. En effet, puisque le juge se bornait à déclarer le *sacramentum justum* ou *injustum*, le demandeur était contraint à déterminer lui-même avec précision l'objet de sa demande, et il obtenait tout ou rien. Il est clair que cette méthode offrait de grands périls dans toute cause où devaient se faire des calculs, des règlements de compte, une balance d'obligations réciproques. On y remédia par la *judicis postulatio*.

Cette action de la loi n'embrassa que des cas spécialement et limitativement retranchés du domaine général de l'*actio sacramenti*. Ce furent, entre autres, les actions *finium regundorum*, *familiæ erciscundæ*, et les litiges qui formèrent plus tard les *judicia bonæ fidei*,

tels que les affaires de tutelle, de vente, de louage, etc. Il y faut joindre sans doute, même parmi les *judicia* qui furent ensuite *stricti juris*, toutes les obligations pécuniairement indéterminées, comme d'un *facere* ou d'un *præstare* (*Gaïus*, IV, 13; Cicéron, *De off.*, III, 10).

L'essence de la *judicis postulatio* consistait vraisemblablement dans la désignation d'un juge privé par le magistrat, sans accord préalable des plaideurs; on ne faisait point de pari. Le formulaire de cette procédure est inconnu.

587. **Condictio.** — Dans l'opinion la plus accréditée, la *condictio* ne fut que le développement d'un système toujours en lutte contre l'ancienne et gênante *actio sacramenti*. Pour en finir avec le *sacramentum* en matière personnelle, il suffisait de lui enlever ce que lui avait laissé la *judicis postulatio*, c'est-à-dire les dettes d'objet déterminé. Ce fut l'œuvre des lois Silia et Calpurnia, qu'on place par conjecture, la première en 510, la seconde en 520 de Rome. La loi Silia organisa la *condictio* pour les obligations de *dare certam pecuniam*; on entend par *certa pecunia* la somme fixe et due en vertu d'une cause unilatérale, comme le *mutuum*, la stipulation, l'*expensilatio*, le legs. La loi Calpurnia étendit la même procédure aux obligations de *dare* toute autre *certa res*, par exemple, un esclave individuellement déterminé.

La *condictio* comportait essentiellement la nomination d'un juge privé. Les parties convenaient (*condicebant*) devant le magistrat de se représenter le trentième jour pour la *datio judicis*; il est probable que le défaut de comparution, à la date indiquée, faisait considérer le défendeur comme *judicatus* ou *confessus*. Le rite et les formules de cette manière d'agir nous restent ignorés. On pense que le juge était un *arbiter* dans la *judicis postulatio*, un *judex* proprement dit dans la *condictio*; or le *judex* n'avait pas la même liberté d'appréciation que l'*arbiter*.

En résumé, dans le sixième siècle de Rome, l'*actio sacramenti*, écartée de la sphère des obligations que se partagent les deux autres procédures introductives d'instance, reste applicable aux questions d'état, de successions, et de propriété quiritaire ou de droits réels. Elle paraît être de la compétence du tribunal des centumvirs (*Arg. Gaïus*, IV, 31, 95).

588. **Manûs injectio.** — La quatrième et la cinquième actions de la loi sont des voies d'exécution.

Dans cette période, au témoignage formel de Gaïus, la sentence

de condamnation porte directement sur la chose réclamée. Si donc il s'agit d'un droit réel, le demandeur triomphant se mettra de gré ou de force en possession de l'objet qui en est frappé (*Gaius*, IV, 48).

Mais le droit reconnu peut être un droit de créance ; quelles voies sont alors ouvertes au créancier contre le condamné qui ne s'exécute pas ? La loi romaine admit dès l'origine l'exécution personnelle, sous la forme de la *manûs injectio*. On en distinguait trois applications diverses.

Manûs injectio judicati. — La *manûs injectio judicati* se donne contre le condamné. Il dispose d'une trêve légale de trente jours pour exécuter la condamnation ; à l'expiration de ce délai, il est amené devant le magistrat par son adversaire, qui l'appréhende au corps, après avoir invoqué en termes solennels le jugement obtenu. Le défendeur n'échappe à cette mainmise, *manum sibi depellere*, qu'en donnant un répondant solvable, *vindex*, qui le libère et prend sa cause. S'il n'offre ou ne trouve un tel représentant, il est, par déclaration du préteur, sans renvoi devant un juge, attribué au créancier, *addictus*, *adjudicatus*. En droit, l'effet immédiat de l'*addictio* n'est pas de le rendre esclave, ni même de le mettre *in mancipio ;* ni ses enfants ni ses biens ne passent dans le domaine du créancier, puisque les Douze Tables lui permettent encore de vivre à ses frais, *si volet, suo vivito*. Mais il est traité comme un esclave de fait ; la loi des décemvirs fixe au maximum de quinze livres le poids des fers qui peuvent le charger, et s'il ne pourvoit lui-même à sa subsistance, le créancier lui doit une livre de froment par jour, avec la paille pour le coucher.

Cette situation durait soixante jours. Dans l'intervalle, le créancier était tenu de conduire l'*addictus*, de neuvaine en neuvaine, aux trois dernières *nundinæ* de la période, sur la place publique (*in comitium*), devant le magistrat ; c'était un suprême appel aux personnes qui lui portaient intérêt. Après ces deux mois, si l'*addictus* n'avait pas transigé ou trouvé un *vindex*, il éprouvait une *maxima capitis deminutio* définitive et devenait l'esclave du créancier qui sans doute, malgré le silence des textes, lui succédait à titre universel. Seulement la loi ne voulait pas conserver dans la cité ce citoyen déchu ; elle ordonnait de le vendre *trans Tiberim* ou de le mettre à mort. Quand il y avait plusieurs créanciers, elle les autorisait à se partager le cadavre ; mais, s'il faut en croire Aulu-Gelle, l'histoire romaine n'offre aucun exemple d'une telle barbarie. Le droit du

créancier ne survivait pas à ces mesures (*Gaïus*, IV, 21 ; Aulu-Gelle, *Nuits Attiq.*, XX).

Manûs injectio pro judicato. — La *manûs injectio pro judicato*, pareille dans ses effets à la précédente, s'appliquait en l'absence d'une condamnation, notamment au *confessus æris* ou défendeur qui avait fait *in jure* l'aveu d'une dette d'argent, au débiteur engagé *per nexum*, à l'*indefensus* ou débiteur qui ne comparaissait pas, dans l'*actio per condictionem*, pour la *datio judicis*. Elle résultait aussi de la loi Publilia contre le *reus* qui ne remboursait pas dans les six mois au *sponsor* les sommes par lui payées à sa décharge, et de la loi Furia *De sponsu* contre le créancier qui avait exigé d'un *sponsor* au delà de sa part virile (*Gaïus*, IV, 22).

Manûs injectio pura. — Enfin la *manûs injectio pura* était moins rigoureuse et laissait au débiteur la faculté de se défendre lui-même, sans l'intervention d'un *vindex*. Entre autres exemples, la loi Furia *testamentaria* l'accordait contre le légataire qui avait accepté un legs de plus de mille as (*Gaïus*, IV, 23).

Une loi postérieure, probablement *lex Valeria*, fit rentrer dans la *manûs injectio pura* tous les cas de la *manûs injectio pro judicato*, si ce n'est l'hypothèse du *sponsor* qui avait payé pour le *reus*. Les textes des historiens classiques amènent à penser que l'usage ou la loi dispensa le créancier de l'alternative de vendre ou de tuer le débiteur soixante jours après l'*addictio*; on lui permit de le garder dans un *quasi mancipium*, à la condition de l'affranchir une fois racheté par son travail (*Gaïus*, IV, 25 ; Tite-Live, VIII, 28).

On verra plus tard la contrainte par corps devenir publique, de privée qu'elle était au temps des actions de la loi.

589. **Pignoris capio.** — L'ancien droit romain connut aussi une voie d'exécution sur les biens; mais elle était exceptionnelle et tout à fait inapplicable aux créances particulières. Elle n'avait lieu qu'en certaines matières de droit public ou sacré, limitativement déterminées, et dont l'énumération n'offre aucun intérêt juridique. Le demandeur victorieux était autorisé à saisir lui-même, comme gage, des biens du débiteur qui ne les libérait qu'en payant.

La *pignoris capio* différait des autres actions de la loi; car elle ne se faisait pas devant le magistrat, et n'exigeait, ni que le débiteur fût présent, ni que le jour fût faste ; aussi des jurisconsultes refusaient-ils d'y voir une *legis actio*. Mais l'avis contraire prévalut, à raison des paroles solennelles qu'elle nécessitait (*Gaïus*, IV, 26-29).

CHAPITRE V

SYSTÈME FORMULAIRE.

590. La loi *Œbutia*, qu'on place à la fin du sixième siècle de Rome, en 577 ou 583, et les deux lois *Juliæ judiciariæ*, rendues probablement au temps d'Auguste, achevèrent l'œuvre des mœurs en renversant les *legis actiones*, pour y substituer les *formulæ*. Seule, l'*actio sacramenti* conserva deux applications : 1° pour les affaires de la compétence des centumvirs ; 2° au cas de *damnum infectum ;* mais Gaïus constate lui-même qu'on recourait de préférence à la stipulation prétorienne (*Gaïus*, IV, 30-31 ; *suprà*, n° 318 *bis*).

Le système formulaire domina la procédure durant tout le bel âge de la jurisprudence, depuis Cicéron jusqu'à Dioclétien.

§ I

Origine et caractères distinctifs de ce système.

591. — L'origine du système formulaire se rattache vraisemblablement à l'institution du *prætor peregrinus*. Vers l'an 507 de Rome, les rapports fréquents des citoyens avec les pérégrins nécessitèrent la création d'une juridiction nouvelle ; car on ne pouvait ouvrir la procédure éminemment quiritaire des *legis actiones* aux étrangers, qui avaient en conséquence l'obligation stricte et la faculté spéciale, mais gênante, de s'y faire représenter par un citoyen (*Gaïus*, IV, 31).

Le préteur pérégrin imagine des formes plus simples. Il nomme pour juges des *recuperatores*, au nombre de cinq ou de trois, investis ou non de la cité romaine. Par une instruction écrite, *formula*, qui n'a rien de solennel, il les charge de vérifier si tels faits ont eu lieu, d'après le dire des parties ; il leur donne le pouvoir de condamner ou d'absoudre, suivant la solution. Mais, comme nous sommes ici en dehors de la loi civile, cette condamnation ne pourra consister, ni dans la reconnaissance ou l'attribution d'aucun droit réel *ex jure Quiritium*, ni dans l'exécution directe d'aucune obligation ; elle aura toujours et nécessairement pour objet une somme d'argent.

Les citoyens eux-mêmes durent sentir l'application et comprendre les avantages de cette méthode, dans leurs procès avec les pérégrins. Dès lors, sous la pression de besoins de jour en jour plus manifestes, les préteurs songèrent à l'extension du nouveau système, et le développèrent sous le voile d'une imitation plus ou moins correcte de l'antique procédé.

Formulæ fictitiæ. — On constate aisément deux principales traces des efforts tentés pour relier la procédure formulaire à la procédure primitive. Ce sont d'abord les *formulæ fictitiæ,* formules rédigées par fiction d'une *legis actio;* le magistrat y supposait le rite accompli, et chargeait par écrit le juge de condamner, le cas échéant, comme il l'eût fait dans l'action de la loi (*Gaïus*, IV, 10, 32).

Sponsiones. — Ce sont ensuite les *sponsiones*, dont l'usage persista dans la revendication et les poursuites de droits réels. La *sponsio*, copie du *sacramentum*, est un simple engagement pris *in jure* par les parties entre elles. Sur cette gageure est construite une formule ; le juge n'a plus qu'à rechercher quelle est la *sponsio justa*, et décide par là même le procès. La *sponsio* est tantôt d'une fraction de la valeur litigieuse, comme du tiers, du quart, tantôt abandonnée à la volonté des plaideurs. Dans les actions personnelles, elle est généralement bilatérale et *pœnalis*, en ce sens que la somme pariée par le perdant est acquise, non au trésor public, mais au gagnant. Dans les actions réelles, elle est unilatérale et *præjudicialis*, en ce sens qu'elle sert uniquement à l'engagement de l'instance, et que le vainqueur n'a pas droit au montant de la gageure (*Gaïus*, IV, 94).

Mais ce ne furent là que des expédients destinés à faciliter la transition, et l'on ne tarda pas à rédiger directement les formules. Seulement, du jour où les *formulæ* s'introduisent dans les procès entre citoyens, elles ne contiennent plus de toute nécessité des questions de fait, et peuvent contenir des questions de droit ; elles ne sont plus toujours *conceptæ in factum*, et peuvent être *in jus conceptæ* (*Gaïus*, IV, 45).

Traits saillants du système. — Le système formulaire, tel qu'il apparaît en lui-même, se distingue donc des *legis actiones* par un caractère négatif ; il ne comporte plus d'actes symboliques ni de paroles sacramentelles. Au point de vue positif, il a pour signes propres la rédaction régulière d'une formule, et la nécessité d'une condamnation exclusivement pécuniaire. En attendant la justifi-

cation théorique de cette dernière particularité, notons qu'elle dérive des lointaines origines et de la filiation précédemment assignée aux *formulæ*.

§ II

De la formule et de ses parties.

592. Une remarque importante, c'est que le magistrat jouit d'un pouvoir à peu près absolu pour accorder ou refuser la formule. Les préteurs eurent dans cette faculté leur arme la plus puissante pour battre en brèche l'ancienne législation, et leur meilleur instrument pour édifier la nouvelle.

La formule est une instruction par écrit, émanée du magistrat *in jure*, et qui pose au juge les questions de droit et de fait qu'il devra résoudre *in judicio*. Elle sert de lien entre les deux phases du procès, qu'elle organise. Avant tout, elle contient la *datio judicis* ou désignation du juge : *Seius judex esto*. C'est par cette mention qu'elle s'ouvre.

On distingue dans la formule des parties principales et des parties accidentelles ; Gaïus appelle les premières *partes* et les secondes *adjectiones*.

593. **Partes.** — Les parties principales de la formule sont celles qui se rencontrent nécessairement, sinon dans une action quelconque, au moins dans certaines classes d'actions ; ce sont les quatre suivantes, *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio*, *adjudicatio*.

1° *Demonstratio.* — La *demonstratio* est l'exposé des faits de la cause, l'indication de la source du droit réclamé, par exemple, *quòd Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit*, et c.

2° *Intentio.* — L'*intentio* détermine l'objet de la demande; elle énonce la prétention, le droit réel ou de créance qui ressort des faits ; en un mot, elle renferme les conclusions du demandeur. Ainsi l'*intentio* correspondante à la *demonstratio* précédente sera : *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bonâ*, etc.

3° *Condemnatio.* — La *condemnatio* donne au juge la mission de condamner ou d'absoudre, par exemple, *quanti ea res erit*, *judex condemna, aut absolve*, etc. Les pouvoirs dont elle l'investit sont très-variables ; car elle apparaît sous trois formes principales. *Certa*, elle met le juge dans l'alternative d'absoudre ou de condamner à une somme fixe ; *infinita*, elle n'impose aucune limite à la sentence ;

cum taxatione, elle ne détermine aucun chiffre précis et marque seulement un *maximum*. Le juge doit se conformer à la *condemnatio*, sous peine de *litem suam facere*, comme on l'a vu au titre des Quasi-délits (*suprà*, n° 421). En principe, il n'y a de condamnation possible qu'envers le défendeur.

4° *Adjudicatio*. — L'*adjudicatio* communique au juge la faculté d'attribuer, soit à l'un ou à l'autre, soit aux deux plaideurs, une propriété ou des droits réels non préexistants : *quantùm adjudicari oportet, judex adjudicato*.

594. Toute formule ne contient pas nécessairement ces quatre parties. La seule tout à fait essentielle est l'*intentio*, parce qu'on ne conçoit pas de poursuite judiciaire sans une demande adressée à la justice ; aussi existe-t-elle toujours, et l'on étudiera même plus tard une classe d'actions, appelées préjudicielles, dont la formule se compose uniquement de cette partie. Hormis ce cas assez rare, l'*intentio* s'accompagne au moins de la *condemnatio*, qui en est la sanction pratique et nécessaire.

Quant à la *demonstratio*, elle manque dans les actions personnelles *in factum* et dans les actions réelles, ou plutôt elle s'y confond avec l'*intentio*. Car l'action *in factum* ne pose pas au juge une question de droit, mais seulement une question de fait, d'où le magistrat tire des conséquences étrangères à la loi civile ; l'obligation qu'il lui plaît d'y rattacher s'identifie et s'incorpore en quelque sorte avec le fait générateur. Dans l'action réelle, le demandeur se prétend investi d'une propriété ou d'une servitude, et la prouvera par tous les moyens possibles, sans en limiter la source à el ou tel événement, *omnes causæ unâ petitione adprehenduntur*.

Enfin l'*adjudicatio*, qui précède d'ailleurs la *condemnatio*, ne se présente que dans les trois actions divisoires *finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo ;* elles sont donc les seules dont la formule ait quatre parties (*Gaïus*, IV, 39-51).

Adjectiones. — Les parties accidentelles de la formule sont celles qui ne se rencontrent nécessairement dans aucune action, mais qui peuvent se rencontrer dans toutes. On les trouve en tête ou dans le corps de la formule.

595. 1° *Præscriptiones*. — Les *adjectiones* inscrites en tête de la *formula* s'appelaient pour ce motif *præscriptiones* ou *præjudicia ;* elles étaient dans l'intérêt du demandeur ou du défendeur.

a. La *præscriptio* dans l'intérêt du demandeur, *ex parte actoris*, a

pour objet d'apporter des restrictions à la demande; c'est une réserve de droits ultérieurs, fondés sur des faits qui justifient la poursuite actuelle, mais qu'on n'y veut pas comprendre. On en a déjà vu deux exemples, *ea res agatur cujus dies fuit* dans la stipulation de rente viagère, *ea res agatur de fundo mancipando* dans la vente (*suprà*, n[os] 286, 348; *Inst.*, III, t. XV, p. 3 ; *Gaïus*, IV, 131).

b. La *præscriptio* dans l'intérêt du défendeur, *ex parte rei*, est une fin de non-recevoir que le juge doit examiner avant tout débat sur le fond. Ainsi le déclinatoire d'incompétence reçoit dans les textes le nom de *præscriptio fori*. De même, lorsqu'une action prétorienne est intentée après un an, ou que le possesseur de bonne foi d'un fonds provincial est poursuivi en revendication après dix ou vingt ans, le défendeur oppose la *præscriptio temporis*, ou *longi temporis*. Cette dernière, malgré la ruine du système formulaire et sa propre transformation, s'est perpétuée à travers les siècles sous le même titre de prescription.

596. 2° *Exceptiones.* — L'*exceptio*, dont on distinguera plus loin les diverses espèces, est une défense indirecte, qui paralyse en fait une action fondée en droit. A la différence de la *defensio* proprement dite ou directe, elle ne contredit pas la prétention du demandeur; au contraire, elle la suppose établie et prouvée. Seulement elle lui oppose un événement extrinsèque, ordinairement une raison d'équité, quelquefois même une loi qui doit en empêcher l'effet. Par exemple un débiteur, convaincu de sa dette et valablement poursuivi, invoque une exception tirée du dol de son créancier, ou d'un pacte *de non petendo*, ou de la loi Cincia dont il a dépassé le taux en s'obligeant, etc. L'*exceptio* est donc une clause accessoire, le plus souvent d'invention prétorienne, qui subordonne la condamnation du défendeur, une fois justifiée l'*intentio* du demandeur, à l'inexistence de telle ou de telle circonstance donnée. Elle prend place dans la formule, ordinairement à la fin de l'*intentio*, quelquefois dans la *condemnatio* (f. 2, *Dig.*, 44-1).

Le demandeur combat l'exception, d'abord par une défense directe ou négation, ensuite, dès qu'elle est établie, par une exception inverse qui s'appelle *replicatio*. C'est ainsi qu'à l'exception du *pactum de non petendo*, il opposera, le cas échéant, une *replicatio* tirée d'un pacte postérieur qui lui a rendu le droit d'agir, etc. A la *replicatio* elle-même peuvent s'ajouter une *duplicatio* du défendeur, une *triplicatio* du demandeur, etc.

L'exception victorieuse aboutit à l'absolution de la partie poursuivie, et fait obstacle pour l'avenir au renouvellemeut de l'action désormais épuisée. Ce n'est que très-rarement qu'elle se borne à restreindre la condamnation du défendeur (f. 22, *Dig.*, 44-1).

597. Il n'a jamais été question d'assimiler à l'exception les *præscriptiones ex parte actoris*, qui n'ont évidemment d'autre résultat que de limiter la demande. A l'égard des *præscriptiones ex parte rei*, il s'est élevé une controverse; en les supposant admises, épuisent-elles l'action, ou la laissent-elles intacte pour une poursuite ultérieure? Le droit ancien donne prise au doute, si ce n'est à propos de la *præscriptio temporis* qui est certainement extinctive, et de la *præscriptio fori* qui ne l'est pas. Mais avant la fin du système formulaire, les *præscriptiones ex parte rei* subirent une complète métamorphose, et devinrent de vraies exceptions par la place et par l'effet. Car, inscrites sur la formule à la suite de l'*intentio*, elles amenèrent désormais l'absolution du défendeur. Ce changement, que signale déjà Gaïus, paraît incontestable pour le temps de Dioclétien (*Gaïus*, IV, 133; C. 9, *Cod.*, 7-33).

§ III

De la *litis contestatio*.

La *litis contestatio* est la délivrance de la formule.

598. **Préliminaires et moment précis de la litis contestatio.** — Il faut que les deux parties aient d'abord comparu devant le magistrat.

Résistance et contumace. — La *vocatio in jus* présente sous ce système une organisation plus régulière. Elle est encore l'œuvre du demandeur lui-même; mais la résistance du défendeur, au lieu d'autoriser une violence privée, lui fait encourir une amende, *multa*, poursuivie par une action prétorienne *in factum*. Si le défendeur rend l'ajournement impossible en fuyant ou se cachant, *non defendatur et latitet*, le magistrat envoie le demandeur en possession de ses biens, après des formalités préalables; la vente des choses saisies sera permise à l'expiration d'un délai qui nous est inconnu. Ces mesures coercitives présupposent d'ailleurs la preuve du droit de la partie qui poursuit (*Gaïus*, IV, 46; f. 19, *Dig.*, 2-4).

La personne citée est libre d'échapper à l'obligation de suivre immédiatement son adversaire, en fournissant une caution, *vindex*.

On retrouve aussi dans cette période les immunités accordées dans le système des *legis actiones*, notamment aux magistrats en fonctions, aux ascendants, aux patrons (*suprà*, n° 584).

Incidents. — Le demandeur fait connaître sa prétention au défendeur, soit par la *litis denunciatio* au moment de la *vocatio in jus*, soit par l'*actionis editio* devant le préteur. Divers incidents peuvent survenir alors. Les uns arrêtent et terminent le procès, comme l'aveu, *confessio*, et le serment, *jusjurandum*, dont il sera dit quelques mots sur le texte que Justinien y consacre au titre des Actions. Les autres apportent seulement des retards à l'affaire, comme les *interrogationes in jure*, questions que les parties se posent au besoin pour préciser leurs qualités. Il est également possible que le défendeur réclame le temps de la réflexion ; le magistrat est en droit de lui accorder un délai, moyennant un *vadimonium* qui ne doit pas ordinairement dépasser la moitié du montant de la demande (*Gaïus*, IV, 184 et *seq.*).

Délivrance de la formule. — Au jour de la première ou de la seconde comparution, suivant les hypothèses, le préteur délivre la formule. Il en arrête les *partes* et les *adjectiones* sur les indications de chaque partie, qu'il accepte ou repousse à son gré. La délivrance de la formule, c'est le *judicium constitutum*, la *res in judicium deducta*, la *litis contestatio*, ainsi nommée en souvenir de l'instant correspondant du système des actions de la loi (*suprà*, n° 585).

On aperçoit nettement que la *litis contestatio*, dans la période formulaire, est le dernier acte de la procédure *in jure*. Une constitution, attribuée par le Code à Septime Sévère et Caracalla, semble y voir, au contraire, le premier acte de la procédure *in judicio*. Mais ce texte s'applique probablement aux cas exceptionnels où le magistrat statuait lui-même, sans renvoi devant un juge (*extrà ordinem*), cumulait ainsi les deux rôles et fondait ensemble les deux instances. L'imposant accord de tous les documents juridiques et même littéraires ne permet aucune incertitude sur le moment précis de la *litis contestatio* (Festus, v° *Contestari* ; f. 28, *Dig.*, 5-1 ; f. 25, p. 8, *Dig.*, 21-1).

Effets de la litis contestatio. — On peut ramener à trois les effets généraux de la *litis contestatio*.

599. A. *Sur le fond du droit.* — *Le premier effet général de la* litis contestatio *touche au fond du droit.* — Elle détruit le rapport légal qui existait auparavant entre les parties, et le remplace par l'obliga-

tion de subir l'instance jusqu'à la *sententia*. L'extinction de l'ancien rapport légal, quand l'action est *in personam*, *in jus*, et qu'il s'agit d'un *judicium legitimum*, s'opère *ipso jure*, en ce sens que la formule serait plus tard refusée au demandeur actuel qui voudrait renouveler la poursuite. En l'absence de l'un des trois caractères signalés, c'est-à-dire quand l'action est *in rem*, *in factum*, on constitue un *judicium imperio continens*, l'extinction s'opère *exceptionis ope;* autrement dit, si le demandeur actuel renouvelait plus tard la poursuite, le défendeur ne pourrait pas s'opposer à la concession d'une nouvelle formule, mais seulement y faire insérer l'exception *rei in judicium deductæ* (*Gaïus*, IV, 106).

Quant à l'obligation de subir l'instance, *sisti in judicio*, qui remplace le droit originaire, on doit la considérer comme née d'un quasi-contrat ou de la loi (f. 3, p. 11, *Dig.*, 15-1; f. 22, *Dig.*, 27-3).

Ce résultat extinctif de la *litis contestatio* est assez souvent qualifié de novation ; on a même imaginé pour ce cas l'expression de novation nécessaire. Si l'on veut exprimer ainsi que la *litis contestatio* peut servir à réaliser une délégation par changement de créancier ou de débiteur, rien de plus juste. Mais voir dans l'extinction qu'elle amène une novation proprement dite, ce serait réformer la langue des jurisconsultes romains, qui ont toujours fait de l'*animus novandi* une condition essentielle du *novare*. Eux-mêmes prirent soin d'ailleurs de signaler des différences profondes entre ces deux événements juridiques. 1° La novation détruit l'obligation avec tous ses accessoires, tandis qu'après la *litis contestatio*, le nouveau rapport légal comprend l'ancien en principal et accessoires ; car il serait déraisonnable de priver le demandeur de ses garanties et de ses avantages, tels que gages, priviléges, intérêts, et d'empirer sa position parce qu'il poursuit son droit. 2° Contrairement à la novation, l'extinction produite par la *litis contestatio* laisse subsister une dette naturelle; ainsi le débiteur, s'il payait après une sentence d'absolution, ne serait pas admis à la *condictio indebiti* (*Fragm. Vat.* 263; f. 11, p. 1; f. 18, f. 29, *Dig.*, 46-2; f. 35, *Dig.*, 22-1; f. 86, 87, *Dig.*, 50-17; f. 28, *Dig.*, 12-6).

judex si male absolvit et absolutus sua sponte solverit &c.

C'est par la substitution d'un nouveau rapport légal à l'ancien que s'explique une conséquence capitale de la *litis contestatio*. Elle rend perpétuelles dans le sens romain du mot, et transmissibles aux héritiers des deux plaideurs, les actions jusqu'alors tempo-

raires et intransmissibles, comme la plupart des actions prétoriennes, l'action d'injures et les actions pénales ; *actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio, salvæ permanent* (f. 58, *Dig.*, 44-7 ; f. 13, *Dig.*, 47-10 ; f. 139, *Dig.*, 50-17).

600. B. *Sur la procédure. — Le second effet général de la* litis contestatio *touche à la procédure.* — Elle engage contradictoirement et définitivement l'instance, dont elle détermine les éléments essentiels, chose litigieuse, juge et plaideurs.

La chose litigieuse devient inaliénable ; l'aliénation en serait paralysée par l'exception *rei litigiosæ*, et punie par une amende généralement égale à la valeur de la chose ; il y a quelques dérogations à cette inaliénabilité (*Dig.*, 44-6 ; f. 1, *Dig.*, 49-14).

Le juge est irrévocablement déterminé ; ce n'est qu'en présence d'une absolue nécessité que les plaideurs obtiendraient son changement. Les personnes des plaideurs eux-mêmes sont désormais fixées. C'est ainsi que le choix du créancier entre plusieurs codébiteurs, une fois consommé par la *litis contestatio*, ne peut plus varier, et le droit contre les autres est éteint. De même, à cet instant, l'action noxale est engagée sans retour contre le possesseur de la *noxa*, et l'*actio popularis* est acquise à la personne qui l'a intentée (f. 2, *Dig.*, 45-2 ; f. 37, *Dig.*, 9-4 ; f. 12, *Dig.*, 50-16).

Cependant il devient quelquefois nécessaire, par exemple en cas de mort, de changer le juge ou de transférer l'action à d'autres plaideurs ; c'est ce qu'on appelle la *translatio judicii.* Elle se fait, du juge à son successeur, par une simple modification de la *datio judicis*, sans toucher au reste de la formule. Pour l'opérer du plaideur à quelque autre personne, notamment du défunt à l'héritier, on laisse dans l'*intentio* de la formule le nom du premier, et l'on y substitue dans la *condemnatio* le nom du second (*Gaïus*, IV, 34, 86).

Si le demandeur ou le défendeur fait défaut, l'affaire est néanmoins résolue par une sentence de condamnation ou d'absolution. Mais il faut auparavant traverser les délais et les formalités de la procédure contre les contumaces, que termine un *edictum peremptorium*, sommation d'avoir à comparaître adressée par le magistrat au défaillant (Paul, V, t. VII, p. 7 ; f. 73, *Dig.*, 5-1 ; C. 13, *Cod.*, 3-1).

601. C. *Sur la mission du juge. — Le troisième effet général de la* litis contestatio *touche à la mission du juge.* — Elle marque l'instant qu'il devra considérer pour diverses appréciations. Car le

juge a le devoir de donner gain de cause au demandeur, si son action était fondée lors de la *litis contestatio*. 1° Cette règle reçoit son application la plus célèbre dans la revendication. On sait qu'à la différence de la *præscriptio longi temporis*, l'usucapion n'est pas interrompue par la demande en justice; or, en la supposant accomplie *inter moras litis*, le défendeur restera quand même passible d'une condamnation. 2° Les actions de droit strict relèvent du même principe que les actions réelles; dans les unes et les autres, la question posée au juge, *si paret rem ejus esse, si paret dare oportere*, se réfère évidemment à l'époque de la délivrance de la formule. 3° Quant aux actions de bonne foi, peut-être le juge, autorisé à prononcer *ex æquo et bono*, était-il maître de prendre en considération certains événements postérieurs (f. 18, 20, *Dig.*, 6-1; f. 42, p. 1, *Dig.*, 9-1; f. 17, *Dig.*, 17-1).

Mais il y a des cas où le droit générateur de l'action réelle ou personnelle prend fin conformément aux principes généraux; en d'autres hypothèses, il arrive que la condamnation n'a plus d'objet. Trois exemples principaux sont à prévoir : 1° le défendeur offre de satisfaire le demandeur; les Sabiniens firent prévaloir, même pour les *judicia stricti juris*, la doctrine que le juge doit alors absoudre, *omnia judicia absolutoria sunt;* 2° le possesseur ou détenteur, qui défend à l'action réelle, cesse de posséder sans dol ni faute entre la *litis contestatio* et la sentence; son absolution est indispensable; 3° le débiteur, qui défend à l'action personnelle, voit la chose due périr entre ses mains par cas fortuit; faut-il le condamner ou l'absoudre? La vérité doctrinale est bien que la *litis contestatio* l'a constitué en demeure, et que sa dette dès lors ne s'éteint plus *interitu rei debitæ;* cependant les jurisconsultes cherchaient à tempérer en pratique la rigueur de cette décision théorique (*Gaïus*, IV, 114; *Inst.*, IV, t. XII, p. 2; — f. 40, *Dig.*, 5-3).

Une fois la condamnation reconnue nécessaire, c'est encore en se reportant à la *litis contestatio* que le juge fixe les restitutions et généralement le montant de la sentence. Le défendeur doit les intérêts et fruits à dater de ce moment. Néanmoins, dans les actions de bonne foi, le juge peut tenir compte de la compensation et de toute circonstance survenue *medio tempore* (f. 2; f. 3, p. 1; f. 10; f. 37, p. 8, *Dig.*, 22-1; f. 3, p. 2, *Dig.*, 13-6; f. 22, *Dig.*, 12-1).

Cette matière est donc épineuse. Le point de départ offre une vive apparence d'équité; car on ne saurait admettre que le deman-

deur triomphant souffre des inévitables retards de la justice, et la raison veut que les choses se règlent, en principe, comme si la sentence eût été rendue à l'instant même de la *litis contestatio*. Mais les faits intervenus dans le cours du procès ont aussi leur influence nécessaire et légitime ; les tribunaux ne sont pas le domaine de l'absolu.

§ IV

Sentence et voies d'exécution.

602. Après la *litis contestatio*, l'affaire est terminée devant le magistrat, *in jure*, et commence devant le juge, *in judicio*. Le détail de ce qui s'y passe dépend en majeure partie de la nature de l'action, et les grands traits généraux ont seuls leur place ici.

Chaque plaideur, suivant son rôle, peut avoir à faire une preuve devant le juge, soit par témoins, *testes*, soit par titres, *instrumenta*, *tabellæ*, *cautiones*, soit par aveu, serment, présomptions, etc. (*Dig.*, lib. XXII, t. III, IV, V ; *Cod.*, lib. IV, t. XIX, XX, XXI).

Puis la cause est plaidée, *peroratur*. Le juge a le droit d'ajourner l'affaire, *litem ampliare*. Il est même libre de s'abstenir d'une décision, en déclarant par serment qu'il ne se trouve pas éclairé, *non liquet ;* on se contente alors du jugement des autres juges, s'il y en a plusieurs ; dans le cas contraire, il faut organiser un nouveau *judicium* (f. 36, *Dig.*, 42-1).

603. Sentence. — En laissant de côté les jugements interlocutoires, *interlocutiones*, qui ne sont qu'accidentels, on arrive enfin à la sentence ou jugement définitif, *sententia*. Elle doit être prononcée publiquement et de vive voix ; mais le juge a la faculté de l'écrire d'avance, pour en donner lecture publique, *ex tabellâ pronuntiare vel recitare*. Hormis de rares exceptions, elle absout ou condamne le défendeur.

Effets extinctifs. — La sentence produit de remarquables effets, analogues et parallèles à ceux de la *litis contestatio*. Le droit primitif, qui a servi de fondement à l'action, reste dans l'état où l'a mis la délivrance de la formule, c'est-à-dire éteint *ipso jure* ou *exceptionis ope*. Mais l'obligation de subir l'instance, qui l'a remplacé, se trouve à son tour éteinte par la sentence et de la même manière, c'est-à-dire *ipso jure* dans les actions *in personam*, *in jus* et constitutives d'un *judicium legitimum*, dans toutes les autres *exceptionis*

ope. Si donc le défendeur est de nouveau poursuivi, il pourra, chaque fois que la *litis contestatio* lui aura déjà donné l'exception *rei in judicium deductæ*, se prévaloir désormais d'une exception plus célèbre et qui sera bientôt approfondie, l'exception de chose jugée ou *rei judicatæ*. Seulement, à la place et pour ainsi dire sur les ruines de ses précédentes obligations détruites, est née contre le défendeur l'obligation nouvelle d'exécuter la sentence. Ces vicissitudes dans la situation du défendeur sont énergiquement exprimées par Gaïus : *antè litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere* (III, 180).

Condamnation pécuniaire. — Quel qu'ait été l'objet de la demande, la condamnation doit toujours porter sur une somme d'argent déterminée (*certæ pecuniæ*). Ce principe pouvait avoir de fâcheuses conséquences pratiques; aussi le verra-t-on sérieusement tempéré dans les actions dites *arbitrariæ*, presque toutes exhibitoires ou restitutoires. Théoriquement il n'est pas impossible à justifier, et se rattache aux voies d'exécution de cette période.

604. **Voies d'exécution.** — En effet, après un délai normal de trente jours, que le magistrat est maître d'abréger ou de prolonger jusqu'à deux mois *pro causæ qualitate*, il faut que la sentence s'exécute de force, lorsqu'elle n'a fait l'objet d'aucun recours efficace et qu'elle n'est pas accomplie à l'amiable. La *manûs injectio* n'existe plus sous le système formulaire; on connaît bien encore une voie d'exécution personnelle, une contrainte par corps subie dans la maison du créancier; mais ce débris d'une vieille institution, quoique signalé dans les textes, est à peu près mystérieux pour la science moderne, et n'avait sans doute rien que d'exceptionnel (*Gaïus*, III, 199; *Paul*, V, t. XXVI, p. 2; C. 1, *Cod.*, 7-71).

Venditio bonorum. — A l'inverse de ce qui se passait au temps des actions de la loi, l'exécution réelle sur les biens du condamné formait donc la règle générale. Elle consistait dans la *venditio bonorum*, vente en masse du patrimoine, précédée d'un envoi en possession qu'ordonnait le magistrat, et réalisée par un *magister* choisi entre les créanciers. La vente se faisait après des publications ou *proscriptiones*, et suivant des formes dont le détail est inutile ici. Cette *bonorum venditio*, probablement imaginée vers la fin de la République (1), entraînait pour le débiteur la note d'infamie; mais

(1) Ce mode d'exécution a son origine dans la *pignoris capio* du système pré-

il paraît que ses biens advenus postérieurement demeuraient à l'abri de toute poursuite fondée sur les dettes antérieures. L'acquéreur était tenu envers le *magister* de payer le prix ou dividende convenu, que celui-ci répartissait ensuite entre les créanciers poursuivants. L'*emptor bonorum* avait la situation d'un héritier prétorien, et se trouvait muni, soit d'actions fictices en cette qualité, soit d'une action *Rutilienne*. La *sectio bonorum* seule, c'est-à-dire la vente des biens d'un condamné faite par les questeurs au profit du peuple romain, procurait directement à l'adjudicataire le *dominium ex iure Quiritium;* la *venditio bonorum* le plaçait seulement *in causâ usucapiendi* (*Gaïus*, III, 79; IV, 35; f. 25, p. 7, *Dig.*, 42-8).

Or, du moment qu'apparut la *bonorum venditio*, il sembla nécessaire de mettre la condamnation en harmonie avec cette voie d'exécution; et puisque la vente forcée tendait par son essence à la réalisation d'une somme d'argent, la sentence dut également devenir pécuniaire.

CHAPITRE VI

SYSTÈME EXTRAORDINAIRE.

605. La procédure formulaire portait en elle-même le germe de sa ruine. Car le choix du juge constituait une des libertés essentielles de l'ancien état romain, et le despotisme impérial ne pouvait s'y résigner toujours. En outre, aux époques déchues qui suivirent la belle floraison de la jurisprudence, la mission de rendre la justice était une charge trop lourde pour l'ardeur éteinte et l'ignorance presque universelle des particuliers.

Origine. — Déjà, sous le système des formules, il y avait des cas exceptionnels, par exemple en matière de fidéicommis et de *restitutiones in integrum*, où le magistrat prononçait *extrà ordinem*, c'est-à-dire statuait lui-même, sans renvoi devant un juge. Ce fut cette exception qui devint la règle; mais la procédure nouvelle garda son ancien nom, désormais illogique, de *cognitio extraordinaria*. On place l'origine de cette révolution judiciaire dans une constitu-

cèdent. Il fut transporté aux créances privées par le préteur Rutilius (an 649 de Rome, 106 avant J.-C.), ou plutôt perfectionné par ce magistrat; car on le trouve déjà signalé dans une loi Thoria, de l'an 643.

tion de Dioclétien, rendue pour les provinces en l'année 294 de notre ère, étendue ensuite à tout l'empire, et complétée plus tard par les enfants de Constantin et par Théodose le Jeune (C. 2, *Cod.*, 3-3; C. 1, 2, *Cod.*, 2-58).

Différences avec le système des formules.—Le système extraordinaire se résume dans une seule proposition; c'est qu'il n'y a plus à distinguer deux phases au procès. Le *jus* et le *judicium*, les fonctions de magistrat et de juge se confondent maintenant. Il suffira de montrer les dissemblances qui séparent cette période de la précédente.

1° La *vocatio in jus*, depuis longtemps purifiée de toute violence individuelle et munie de moyens de contrainte prétoriens, perd son caractère privé et se réalise par l'intermédiaire du tribunal. Pour ne parler que du temps de Justinien, l'instance s'introduit par un exploit, *libellus conventionis*, signé du demandeur ou d'un *tabularius* s'il ne sait écrire. Il y expose brièvement le fondement et l'objet de sa demande, et le remet au magistrat, qui le fait transmettre au défendeur par un huissier (*viator, executor*), avec une ordonnance d'assignation. Le défendeur cité devait comparaître après vingt jours (*Inst.*, IV, t. VI, p. 24; *Nov.* 53, cap. III, p. 1).

2° La *litis contestatio* ne désigne plus que le moment où le juge commence à prendre connaissance de l'affaire par l'exposé qui lui en est fait, *cùm judex per narrationem negotii causam audire cœperit*. Tout en continuant sans doute à produire l'obligation de subir l'instance, elle a perdu son effet extinctif et ne consomme plus le droit d'agir (*Inst.*, IV, t. XIII, p. 5).

3° La sentence ne le supprime pas davantage *ipso jure*. Dans sa forme, elle doit être rédigée par écrit et prononcée publiquement d'après la minute, *ex periculo recitanda;* on l'insère ensuite, signée du juge, sur un registre *ad hoc*. Dans sa nature, elle n'est pas nécessairement pécuniaire, et peut avoir pour objet la chose demandée (C. 2, 3, *Cod.*, 7-44; *Inst.*, IV, t. VI, p. 32).

4° Le délai pour exécuter la sentence est de quatre mois depuis Justinien. Les textes mentionnent encore une contrainte personnelle, *supplicium corporis;* mais il est infiniment probable que la détention a lieu dans une prison publique, non plus chez le créancier; elle comporte quelques exceptions.

Quant à l'exécution réelle, on généralise une règle posée jadis, pour les *claræ personæ* ou personnes d'un haut rang, par un sé

natus-consulte déjà connu de Gaïus. Les biens ne sont pas vendus en masse, mais seulement en détail, avec le ministère d'un curateur; dans la langue des textes, la *venditio bonorum* a fait place à la *distractio bonorum* (1). Il n'en résulte plus de note d'infamie pour le débiteur; en revanche, les créanciers gardent le droit de poursuivre ses biens futurs jusqu'à parfait payement. La contrainte personnelle est subsidiaire à cette exécution réelle (f. 5, *Dig.*, 27-10; C. 23, *Cod.*, 1-4; C. 1, *Cod.*, 7-71; *Nov.* 135, c. I).

CHAPITRE VII

VOIES DE RECOURS SOUS LES TROIS SYSTÈMES.

606. L'ancienne loi romaine ne connut pas l'appel dans le sens propre du mot, c'est-à-dire comme un recours hiérarchiquement porté, devant un tribunal supérieur, contre la sentence d'un tribunal inférieur. En matière pénale, un condamné pouvait bien arrêter l'exécution de la condamnation par le secours du droit d'*intercessio* ou de *veto* qui appartenait à chaque magistrat contre les actes des magistrats égaux ou subalternes; il pouvait même, sous des conditions déterminées, obtenir une seconde instance par la *provocatio ad populum* ou recours au peuple. Mais, en matière civile, ces voies étaient probablement fermées; ainsi la faculté pour un magistrat de paralyser ou de casser les actes d'un autre, dut paraître inadmissible à l'égard des sentences, parce qu'elles étaient l'œuvre d'un juge, et non d'un fonctionnaire. Seulement, à défaut d'appel, il y avait d'autres manières d'échapper aux effets d'un jugement.

607. **Nullité de la sentence.** — En premier lieu, plusieurs conditions étaient exigées pour la validité de la sentence. La nullité l'atteignait, soit à raison d'un vice de forme, tel que l'incapacité du magistrat, du juge ou de l'une des parties, soit à raison de son contenu, notamment pour la violation directe et manifeste des lois, ou pour le défaut d'une condamnation pécuniaire au temps des

(1) Cette transformation était facilitée par l'habitude qu'avait le magistrat, lorsque le débiteur était solvable, d'ordonner la saisie et la vente de quelques-uns de ses biens seulement. On échappait ainsi à la procédure trop longue et trop compliquée de la *missio in bona* ou *venditio bonorum*.

formules, etc. La sentence nulle pour une de ces causes n'était qu'un néant juridique, et n'engendrait aucun des effets de la chose jugée (f. 2, 3, *Dig.*, 49-8 ; C. 4, *Cod.*, 7-64).

Dans cette situation, le condamné attendait qu'on lui réclamât par l'*actio judicati* l'exécution de la sentence, dont il opposait alors la nullité ; s'il succombait, sa résistance était punie d'une condamnation au double. Les textes parlent aussi d'une *revocatio in duplum*, dont la nature n'est pas bien connue. Elle se présentait vraisemblablement dans l'hypothèse où le condamné, au lieu d'attendre l'*actio judicati*, prenait les devants et demandait une déclaration de nullité de la sentence; il était raisonnable qu'une condamnation au double le menaçât encore en ce cas. Peut-être y avait-il aussi *revocatio in duplum*, quand le condamné niait, non plus l'existence légale, mais l'existence de fait du jugement; la nature exclusivement orale de la procédure romaine rend cette négation facilement compréhensible. A l'époque de Paul, la *revocatio* n'est pas possible après le délai de la *præscriptio longi temporis*, dix ans entre présents, vingt ans entre absents. On n'en parle plus sous Justinien (*Paul*, V, t. V, p. 7-8).

608. **Restitutio in integrum.** — Lorsqu'une sentence est valable, et plus tard passée en force de chose jugée, on a le droit de la soumettre, comme tout autre acte, à la *restitutio in integrum*, pour l'une des causes ordinaires de minorité, dol, absence, etc. ; il en sera traité plus loin. C'est là ce qui s'appellerait, dans notre langue moderne, une voie de droit extraordinaire contre le jugement. Un tribunal quelconque, égal ou supérieur à l'auteur de la sentence, ou même ce dernier, peut connaître de la demande de restitution. Elle n'est pas suspensive, à moins que l'exécution n'ait pas encore eu lieu ; mais, une fois admise, elle opère rétroactivement (f. 9 ; f. 16, p. 5 ; f. 12, *Dig.*, 4-4 ; C. 2, C. 4, C. 5, *Cod.*, 2-27 ; C. 1, *Cod.*, 2-50).

609. **Appel.** — L'origine et le développement de l'appel datent des premiers temps de l'Empire. On en était venu peu à peu à considérer le pouvoir du juge comme une délégation du pouvoir du magistrat, à confondre la *delegatio jurisdictionis* et la *datio judicis*. Dès lors, même en dehors des cas de *restitutio in integrum*, l'Empereur put réformer les sentences des juges, en vertu de sa *potestas tribunitiana* qui s'étendait à tout l'Empire. Mais il exerça d'habitude cette prérogative par l'entremise de magistrats délégués (*suprà*, n° 578).

L'appel n'était pas admis dans les affaires urgentes, ni à l'encontre d'un jugement interlocutoire, avant le jugement définitif (f. 7, *Dig.*, 49-5 ; C. 36, *Cod.*, 7-62).

Devant qui se porte l'appel. — On appelait d'un juge au magistrat qui l'avait constitué, des magistrats provinciaux au gouverneur ou chef de la province, puis au *vicarius* ou chef d'un groupe de provinces nommé diocèse, et des magistrats de Rome au préfet de la ville. De ces hauts fonctionnaires, il fallait appeler, soit à l'Empereur, soit au préfet du prétoire qui le remplaçait, et dont les décisions étaient en dernier ressort. L'Empereur jugeait rarement lui-même, et remettait la connaissance de l'affaire à d'autres, souvent au sénat ; Théodose II établit à cet égard une commission composée du préfet du prétoire et du *questor palatii*. En aucun cas l'appel ne devait sauter un degré de juridiction, *oppellatio per saltum*. Depuis Justinien, on ne put saisir le tribunal impérial qu'à propos de litiges d'une valeur supérieure à vingt livres d'or, ni renouveler l'appel plus de deux fois ; le troisième jugement avait donc force de chose jugée (f. 1, *Dig.*, 49-1 ; C. 32, *Cod.*, 7-62; C. 1, *Cod.*, 7-70).

Comment se fait l'appel. — L'appel était interjeté, soit de vive voix à l'instant même du prononcé de la sentence (*apud acta*), soit par écrit (*libellus appellatorius*) remis au premier juge, et qui contenait la désignation de l'appelant et de la sentence attaquée. Le demandeur, si ce n'est au cas d'irrecevabilité manifeste, obtenait du premier juge des *litteræ dimissoriæ* ou *apostoli*, c'est-à-dire une note explicative de l'appel, avec une copie du procès-verbal de la cause. Le délai pour ces actes préliminaires a varié de deux à dix jours. Nanti de ces pièces, l'appelant les transmettait au tribunal d'appel, où l'affaire était introduite après trois ou six mois, selon l'éloignement des lieux. Les appels à l'Empereur jouissaient d'un délai d'une ou deux années, et devaient être accompagnés d'un rapport ou *relatio* du juge qui avait rendu la sentence attaquée ; les parties avaient le droit de formuler en réponse leurs observations par des *libelli refutatorii*. Toutes ces questions de temps font d'ailleurs l'objet de dispositions obscures ou bizarres dans la législation du Bas-Empire (f. 1, p. 4 ; f. 3 ; f. 13, *Dig.*, 49-1 ; f. 1, *Dig.*, 49-4; C. 2, C. 5, *Cod.*, 7-63).

Effets de l'appel. — L'appel est suspensif, en ce sens qu'il arrête l'exécution du jugement attaqué. De plus, il soumet pleinement l'affaire à la juridiction supérieure, d'où résulte que les parties

sont autorisées à produire de nouveaux moyens de défense (f. 1, *Dig.*, 49-7 ; C. 6, *Cod.*, 7-62).

Quand l'appel réussit, le nouveau jugement supprime et remplace l'ancien. Si l'appelant succombe, il doit à l'époque classique payer le tiers de la valeur en litige et le quadruple des frais de l'instance ; une *satisdatio*, sinon un dépôt préalable, assure l'exécution de ces condamnations éventuelles. Les peines du plaideur téméraire furent ensuite élevées par les empereurs chrétiens jusqu'à des rigueurs exorbitantes, telles que la confiscation de la moitié des biens et deux ans de rélégation pour l'appelant riche, ou deux ans de mines pour l'appelant pauvre. Le droit de Justinien n'admet plus qu'une amende généralement arbitrée par le juge, et la note d'infamie contre l'appelant de mauvaise foi (*Paul*, V, t. XXXIII, t. XXXVII ; C. 6, p. 4 ; C. 19, *Cod.*, 7-62).

609 *bis*. **Supplicatio.** — Il faut enfin noter que les décisions du préfet du prétoire, non susceptibles d'appel, étaient attaquables au moyen d'une supplique à l'Empereur, *supplicatio*. On devait exercer ce recours dans la durée des fonctions de l'auteur du jugement, ou jusqu'à l'expiration des deux ans qui suivaient sa retraite. C'était le préfet du prétoire lui-même qui révisait alors sa sentence ou celle de son prédécesseur. Il y avait donc là une voie de rétractation, et non d'appel (C. 5, *Cod.*, 1-19 ; C. 1, *Cod.*, 7-42).

CHAPITRE VIII

CLASSIFICATIONS GÉNÉRALES DES ACTIONS PROPREMENT DITES. PREMIÈRE DIVISION, *IN REM* ET *IN PERSONAM*.

(*Inst.*, IV, t. VI.)

610. Après cette étude rapide de l'organisation judiciaire et des trois systèmes de procédure des Romains, vient l'analyse intime des actions proprement dites.

Justinien définit l'action *jus persequendi in judicio quod sibi debetur*. Cette définition, empruntée au jurisconsulte Celsus qui florissait à l'époque d'Adrien et d'Antonin le Pieux, est trop étroite à deux points de vue. Car, à n'y entendre que le sens naturel des mots, elle s'applique spécialement aux actions personnelles ou de créance, qui font obtenir *quod sibi debetur ;* elle ne se rapporte, en outre,

qu'aux systèmes de la double instance, puisqu'elle implique la séparation du *jus* et du *judicium*. Il n'est pas impossible néanmoins de donner à ce texte de Celsus une portée plus générale, en y attachant des idées inconnues de son auteur. Mais ce serait ici prendre une peine inutile; car il suffit de se reporter aux trois définitions déjà présentées (*suprà*, n° 575), et de poser en principe que l'action, suivant la deuxième de ces significations diverses, sera désormais considérée comme la faculté de recourir à la puissance publique pour en obtenir la reconnaissance d'un droit.

Les Romains classaient les actions de plusieurs manières. La plupart de ces catégories doivent leur origine, ou tout au moins leur dénomination, à la pratique du système formulaire. Les principales divisions ou subdivisions sont tracées dans les Institutes, et l'interprète n'a qu'à les suivre. Cependant il en est que Justinien ne détache pas nettement de l'ensemble, et qu'il faut signaler une fois pour toutes.

611. **Divisions omises dans les Institutes.** — Ainsi, par leur origine, les actions étaient *civiles* d'une part, et d'autre part *honoraires* ou *prétoriennes*. Les actions honoraires, presque toujours prétoriennes, étaient concédées en vertu des règles de l'Édit des magistrats chargés de l'administration de la justice. Les actions civiles se fondaient sur les autres sources du droit, lois, sénatus-consultes, constitutions, usage, etc.

Par leur application, les actions étaient *directes* ou *utiles*. On appelait *directa* l'action donnée dans le cas même de son institution primitive; on appelait *utilis* l'ancienne action étendue à des cas nouveaux, pour des motifs d'utilité pratique. Cette division manque d'importance dans le droit de Justinien; mais, au temps classique, elle en avait une sur la rédaction de la formule. Car l'extension de l'ancienne action à des hypothèses nouvelles s'opérait à l'aide d'une fiction ou plus souvent d'une rédaction *in factum*.

Par leur formule, les actions étaient *in jus* ou *in factum*. L'action *in jus* posait au juge une question de droit civil, et, lorsqu'elle avait une *demonstratio*, celle-ci restait parfaitement distincte de l'*intentio*. Dans l'action *in factum*, au contraire, n'était posée aucune question de droit civil, et la *demonstratio* se confondait avec l'*intentio*. Les actions *in factum* étaient prétoriennes, et facilitaient l'élargissement des principes de la vieille loi nationale. On avait parfois intérêt à donner cette forme aux actions civiles

elles-mêmes ; c'est ainsi qu'un fils de famille ne pouvait agir que par une action *in factum*. Les formules *in factum* servaient aussi à dépouiller certaines actions de leur caractère infamant.

612. **Divisions signalées dans les Institutes.** — Les autres classifications, *actiones in rem et in personam*, *bonæ fidei*, *stricti juris*, *arbitrariæ*, pénales, *persecutoriæ rei*, *mixtæ*, perpétuelles et temporaires, ont des places distinctes dans l'exposé que Justinien présente des actions ; elles seront les jalons et les points de repère de la route où nous entrons. Entre toutes, la division des actions réelles et personnelles offre un intérêt capital, parce qu'elle fournit le cadre le plus commode et le plus usuel pour cette grande théorie.

C'est par leur nature que les actions sont réelles ou personnelles ; il est dès lors manifeste qu'une telle division n'a rien d'accidentel, qu'elle est de tous les temps, et qu'à Rome notamment, les trois systèmes de procédure l'ont reconnue et pratiquée. L'action est réelle ou personnelle, suivant l'espèce de droit que le demandeur soumet à l'appréciation judiciaire. Quand l'objet principal de sa demande est la reconnaissance d'un droit réel, l'action est réelle ; quand l'objet principal de sa demande est la reconnaissance d'un droit de créance, l'action est personnelle.

Maintenant quel rapport y a-t-il entre cette distinction et les noms qui la consacrent? On doit remarquer que la locution *in rem* est technique dans la langue latine, pour désigner une disposition conçue en termes généraux et sans indication de personne. C'est en ce sens que les pactes et les exceptions reçoivent, dans certains cas, la même dénomination et sont dits *in rem*. Or, dans l'*intentio* d'une action réelle, le nom du défendeur n'est pas exprimé, *si paret hominem Auli Agerii esse ;* au contraire, dans l'*intentio* d'une action de créance, l'énonciation même du droit exige toujours l'indication du débiteur, *si paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare oportere*, etc. Voilà donc le mystère éclairci ; les actions réelles et personnelles tirent leur division de la nature même du droit qu'elles mettent en débat, et leur qualification romaine, *in rem vel in personam*, de la rédaction impersonnelle ou nominative de l'*intentio* de la formule.

Les unes et les autres sont civiles ou prétoriennes. Comme ces actions sont en petit nombre, et que chacune d'elles fournit l'occasion de quelque remarque importante, il est nécessaire de les étudier une à une.

ACTIONS *IN REM* CIVILES.

CHAPITRE IX

DE LA REVENDICATION.

(*Inst.*, IV, t. VI, p. 1.)

Les actions réelles sont désignées souvent par le nom général de *petitiones* ou *vindicationes*. La plus énergique d'entre elles, celle qui sanctionne le droit de propriété, s'appelle *rei vindicatio* ou *vindicatio ;* on renferme sous la dénomination commune *de vindicationes rerum incorporalium* celles qui se réfèrent aux divers démembrements de la propriété.

On entend donc par revendication l'action réelle qui tend à la reconnaissance du *dominium ex jure Quiritium.* Elle suppose que le propriétaire n'est pas en possession ; autrement il n'aurait pas besoin d'action et se contenterait d'un interdit possessoire (f. 1, p. 6, *Dig.*, 43-17).

613. **Des choses qu'on peut revendiquer.** — La revendication n'est applicable qu'aux choses corporelles, *in commercio*, susceptibles de propriété quiritaire. Il faut donc exclure de sa sphère les fonds provinciaux et toutes les *res extra commercium.*

La revendication exige, en outre, que la chose existe au temps de la *litis contestatio ;* on ne revendique pas ce qui n'est plus, *res extinctæ vindicari non possunt.* A ce point de vue, on considère comme éteintes, non-seulement les choses qui ont réellement péri par la désagrégation matérielle de leurs parties, mais encore celle qui, jointe à quelque autre en qualité d'accessoire, n'a plus d'existence individuelle et distincte ; tels le ruban de pourpre attaché au vêtement, les matériaux réunis en construction sur le sol, etc. Mais la revendication redevient possible après la séparation de l'accessoire, suivant les règles et sous les restrictions déjà développées dans la théorie de l'accession (*suprà*, n° 203 et suiv.).

614. **Parties à la revendication.** — 1° *Du demandeur.* La revendication n'appartient qu'au propriétaire *ex jure Quiritium.* Mais il en est toujours investi, sans qu'on ait à distinguer si la propriété lui est advenue par un mode d'acquérir du droit des gens ou du droit

civil, sur une *res mancipi* ou *nec mancipi;* il suffit qu'il l'ait acquise.

Pour faire foi de cette acquisition, il ne peut se contenter d'établir qu'il a pris toutes les précautions exigées par la prudence ; il doit démontrer que toutes les conditions nécessaires avaient été réunies également sur la tête de son auteur, des auteurs de son auteur, etc. Aussi la preuve directe de la propriété serait presque impossible dans la plupart des cas, si l'institution bienfaisante de l'usucapion n'en venait aplanir singulièrement les difficultés (*suprà*, n° 179).

2° *Du défendeur.* — *a.* La revendication ne peut atteindre que le possesseur de la chose. On ne recherche pas, du reste, s'il a la possession juridique ou la simple détention, s'il possède pour lui-même ou pour autrui (f. 9, *Dig.*, 6-1).

Cette marche de procédure fut modifiée par Constantin. Le détenteur pour autrui d'un immeuble dut, sur l'action en revendication, procéder à la *nominatio* ou *laudatio auctoris*, c'est-à-dire indiquer la personne au nom de laquelle il possédait. A défaut de cette déclaration, le détenteur continuait à défendre suivant les anciens usages, mais à ses risques et périls envers son auteur. La déclaration faite, l'auteur était averti de se présenter dans un délai fixé par le juge ; s'il n'obéissait, après trois citations, le juge ordonnait au détenteur, sur examen sommaire de la cause, de restituer au demandeur tous les droits de l'absent d'ailleurs réservés.

Cette innovation de Constantin offrait un triple avantage. Car le demandeur suivait ainsi la voie la plus propre à produire une solution définitive, le détenteur se dérobait au procès sur la propriété, qui lui était indifférent, et le vrai possesseur avait occasion d'exercer lui-même ses moyens de défense (C. 2, *Cod.*, 3-19).

b. Le principe que la revendication est toujours intentée contre le possesseur se combine avec une seconde règle, *Dolus pro possessione est*.

En d'autres termes, la revendication frappe quelquefois une personne qui n'est plus en possession, mais qu'on suppose y être, et qui s'appelle *fictus possessor*. Tel est l'individu qui a cessé de posséder par dol avant la *litis contestatio ;* si même il ne s'est défait de la chose qu'en vue d'opposer au revendiquant un adversaire plus redoutable, le préteur donne une action *in factum* pour lui réclamer indemnité. Tel est aussi l'individu qui se laisse attaquer en

revendication par un demandeur de bonne foi, sans l'avertir qu'il ne possède pas, au risque de favoriser par ce moyen l'achèvement de l'usucapion entre les mains du tiers qui possède. Le *fictus possessor* subit toutes les condamnations prononcées ordinairement contre le possesseur de mauvaise foi (f. 25, 26, *Dig.*, 6-1 ; f. 4, p. 1, *Dig.*, 4-7).

615. **Formes de la revendication.** — Même à l'époque classique, il y avait plus d'une manière d'exercer la revendication. Dans les causes qui relevaient du tribunal des centumvirs, on observait encore le rit de l'*actio sacramenti;* les formalités étaient remplies devant le magistrat, mais il ne délivrait pas d'instruction écrite. Hormis ces cas, on procédait par formules, soit *per sponsionem*, soit *per formulam petitoriam*.

La *sponsio* était ici unilatérale et préjudicielle (*suprà*, n° 591). Le défendeur s'engageait *cum satisdatione* à restituer la chose et les fruits, s'il venait à succomber ; cette promesse s'appelait *stipulatio pro prœde litis et vindiciarum*, en souvenir d'une vieille sûreté analogue du temps des actions de la loi.

Mais ce procédé fut supplanté par la *formula petitoria*, que Cicéron mentionnait déjà, et qui avait l'avantage d'une extrême simplicité. Par la formule pétitoire, en effet, le préteur chargeait directement le juge de vérifier si le demandeur était propriétaire : *hæc est, quâ actor intendit rem suam esse*. Le défendeur, sous peine de perdre au profit de son adversaire la possession de la chose et les avantages du rôle du défendeur, devait fournir la caution *judicatum solvi*, qui sera plus tard expliquée (*Gaïus*, IV, 31, 41, 92, 93 et *seq.*).

616. **Effets de la revendication.** — Comme les autres *actiones in rem*, la revendication est une action arbitraire, *arbitraria*, en ce sens qu'elle comporte un *arbitrium*.

Arbitrium. — On entend par *arbitrium* un jugement interlocutoire, que le juge prononce après avoir reconnu le bien fondé de l'*intentio* du demandeur, et qui ordonne au défendeur de restituer, faute de quoi interviendra le jugement définitif ou *sententia* de condamnation. La restitution doit mettre le demandeur dans la position qui eût été la sienne, s'il eût recouvré la chose au moment de la *litis contestatio;* en un mot, elle doit comprendre *rem cum omni causâ*. Le défendeur est-il donc devenu propriétaire par l'achèvement de l'usucapion dans le cours du *judicium*, il est obligé de retransférer au demandeur la propriété, et de lui céder en même temps les actions qu'elle a pu lui donner, *actio furti*, *ac-*

tio legis Aquiliæ, etc. Dans toute autre hypothèse, le défendeur n'est tenu que de restituer matériellement la chose, avec ses accessoires, fruits et produits, à compter de la délivrance de la formule. Mais ces restitutions, complètes en apparence, pourraient être illusoires au fond, si le défendeur avait au préalable dégradé physiquement ou juridiquement la chose, par exemple, en faisant avaler du poison à l'esclave, en établissant une servitude sur l'objet usucapé ; il fournit de ce chef la caution *de dolo*.

Absolution. — Dans cette situation, le défendeur est absous : 1° s'il restitue ; 2° s'il prouve qu'il est, sans sa faute, dans l'impossibilité de restituer, notamment parce qu'il a perdu la possession ; 3° s'il obtient du juge un délai, moyennant caution suffisante.

Refuse-t-il de restituer, le juge n'a d'autre pouvoir, dans les premiers temps du système des formules, que de lui infliger une condamnation pécuniaire. Mais, tout au moins depuis les grands jurisconsultes classiques, le juge peut ordonner contre le défendeur récalcitrant la dépossession par la force, *manu militari*, *manu ministrorum*, c'est-à-dire au moyen d'agents d'exécution, qui sont militaires ou civils suivant les époques. Une remarque capitale, c'est que la réintégration violente du demandeur n'est praticable qu'en présence d'un obstacle de fait, tel que le refus de restituer ou d'exhiber. Au contraire, s'il faut obtenir un acte juridique qui exige le concours de la volonté du défendeur, comme la retranslation d'une propriété usucapée *inter moras litis*, l'exécution forcée reste impossible. Quand le défendeur est dépouillé *manu militari*, on se trouve dans le quatrième et le plus intéressant des cas d'absolution (f. 68, *Dig.*, 6-1).

Condamnation. — Il n'y a donc lieu à la condamnation du défendeur qu'au défaut d'une pleine exécution volontaire ou forcée de l'*arbitrium* ou *jussus judicis*, c'est-à-dire : 1° quand le demandeur n'a pas requis l'emploi de la *manus militaris ;* 2° quand le défendeur s'est mis par son dol ou sa faute dans l'impossibilité de restituer ; 3° quand la restitution n'est pas complète, et qu'il faut la parfaire au moyen d'une indemnité.

Le montant de la condamnation est naturellement estimé par le juge, à moins qu'on n'ait à reprocher un dol au défendeur. Dans ce dernier cas, le demandeur a la faculté d'évaluer lui-même, sous la foi du serment, la réparation qui lui est due ; c'est là ce qu'on appelle *juramentum in litem*. Lorsqu'il en use, il est réputé vendre

la chose au défendeur pour le prix qu'il fixe (f. 47, f. 69, *Dig.*, 6-1; f. 21, p. 1, *Dig.*, 41-1; f. 5, *Dig.*, 12-3).

CHAPITRE X

DES ACTIONS CONFESSOIRE ET NÉGATOIRE.

(*Inst.* IV, t. VI, p. 2.)

617. Les démembrements de propriété, connus sous le nom de servitudes prédiales ou personnelles, donnent naissance à deux actions réelles qui sont des *vindicationes rerum incorporalium*.

L'action confessoire (*confiteri*, affirmer) a pour objet d'établir l'existence d'une servitude quelconque; l'action négatoire a pour objet d'en établir l'inexistence. L'une pourrait s'appeler affirmative, l'autre négative. C'est d'ailleurs par le fond de la demande, non par les mots, que s'en révèle le caractère. Ainsi l'action confessoire est conçue dans un langage négatif, lorsqu'on prétend que le propriétaire d'un immeuble n'a pas le droit de construire au delà d'une certaine hauteur, etc.; au contraire, l'action négatoire est conçue dans un langage affirmatif, lorsqu'on se prétend investi de la propriété franche et libre de telle chose, etc.

Formes. — Dans leurs formes, l'une et l'autre ont offert, suivant les époques, les trois procédés signalés pour la revendication, et se sont intentées, d'abord par l'*actio sacramenti*, plus tard *per sponsionem* et *per formulam petitoriam*. Elles obligeaient le défendeur à la garantie déjà connue, soit *stipulatio pro præde litis et vindiciarum*, soit caution *judicatum solvi* (*suprà*, n° 615).

Nature et effets. — Dans leur nature et leurs effets, l'une et l'autre sont arbitraires; le juge y arbitre donc, par un interlocutoire, les satisfactions à fournir par le défendeur, s'il veut échapper au jugement définitif de condamnation.

Dans leur application, l'une et l'autre soulèvent une difficulté juridique. En effet, l'action confessoire se donne à la personne qui se prétend investie d'une servitude, soit pour la défendre quand elle l'exerce, soit pour la réclamer quand elle ne l'exerce pas. De même, l'action négatoire se donne au propriétaire qui se prétend libre d'une servitude, soit qu'il veuille en prévenir l'exercice, soit qu'il veuille y mettre un terme. Bref, à la différence de

la revendication qu'on refuse au propriétaire qui possède, les deux actions confessoire et négatoire n'exigent aucunement le défaut de possession. Comment s'expliquer cette diversité saillante de règles entre des voies de droit également *in rem* et civiles? C'est que, par suite d'une erreur déjà signalée, la vieille loi romaine considérait la possession comme corrélative à la propriété, et ne reconnaissait pas de possession correspondante aux autres droits réels. Dès lors, le titulaire d'une servitude n'a pas d'action possessoire pour se maintenir en exercice contre le trouble; il doit employer dans ce but le même moyen qui lui procurerait l'exercice, s'il ne l'avait pas, c'est-à-dire l'action au pétitoire, l'*actio confessoria*. Pour une raison analogue, le propriétaire troublé par des actes de servitude sur son fonds ne peut s'en préserver au moyen des interdits attachés à sa possession de maître; car cette poursuite possessoire n'atteindrait pas un adversaire qui se prévaut d'un droit non susceptible de possession; les deux prétentions ne se rencontreraient donc pas, et le propriétaire n'a d'autre ressource que d'agir au pétitoire par l'*actio negatoria*.

Il est vrai que le préteur admit bientôt une *quasi-possessio* des servitudes, et modifia par conséquent la théorie des *interdicta* pour l'y appliquer. Mais, suivant un phénomène bien des fois constaté, l'ancienne doctrine survécut à sa cause; le titulaire de la servitude ou le propriétaire, quoique libre désormais de se protéger par un interdit, conserva la faculté de défendre son état de fait par la voie possessoire ou la voie pétitoire, à son choix (f. 5, p. 1, *Dig.*, 7-6; f. 4, p. 5; f. 6, p. 1, *Dig.*, 8-5; f. 3. f. 4, *Dig.*, 43-17).

618. **Preuve sur l'action négatoire.** — L'action négatoire soulève un autre problème qui lui est particulier. Le propriétaire y joue le rôle de demandeur; est-il forcé, comme tout autre demandeur, de faire la preuve de sa prétention, c'est-à-dire d'établir l'inexistence de la servitude sur sa chose? ou bénéficie-t-il de la présomption ordinaire que la propriété est franche et quitte jusqu'à preuve contraire, de manière que la nécessité d'établir l'existence de la servitude retombe sur le défendeur? Chacune des deux opinions est plausible et compte des partisans. Mais, entre ces deux extrêmes, il y a place pour une troisième doctrine qui concilie heureusement les deux principes contraires. Il faut rechercher si la conclusion du demandeur sur l'action négatoire est contraire ou conforme à l'état de choses actuel. Dans le cas où la servitude

s'exerçait déjà, qu'il en prouve l'inexistence; lorsque la servitude ne s'est pas encore exercée, au défendeur le soin d'en prouver l'existence. C'est la solution logique et juste que propose le jurisconsulte Ulpien (f. 8, p. 3, *Dig.*, 8-5).

CHAPITRE XI

DE LA PÉTITION D'HÉRÉDITÉ.

La pétition d'hérédité est aussi une *vindicatio rei incorporalis*, parce que le droit héréditaire est absolument distinct des choses corporelles qu'il affecte.

619. **De son objet.** — Elle est totale ou partielle, et dans le langage des modernes universelle ou à titre universel, selon que le demandeur se prétend héritier pour le tout, *ex asse*, ou seulement pour une quote-part, *ex parte*. Cette distinction porte uniquement sur le titre et la vocation du demandeur, non sur l'étendue de sa demande. Ainsi, quand il se prétend seul héritier, la pétitio nest universelle, le défendeur ne possédât-il qu'une ou plusieurs choses déterminées. En revanche elle est partielle, même à l'encontre d'un défendeur qui possède toute l'hérédité, lorsque le demandeur ne se prétend héritier que pour une partie (f. 1, p. 1, *Dig.*, 5-4).

De ses sujets. — La pétition d'hérédité compète à quiconque est héritier civil, soit *à testato*, soit *ab intestato*, d'après l'ancien droit ou les constitutions impériales. Le successeur prétorien, *bonorum possessor*, investi de l'interdit *quorum bonorum*, et le fidéicommissaire universel, ont fini par obtenir une pétition d'hérédité utile, qui s'est appelée *possessoria* ou *fideicommissaria* (ff. 1, 2, 3, *Dig.*, 5-3; *Dig.*, 5-5, 5-6).

A la différence de la revendication, la pétition d'hérédité ne peut s'intenter contre un possesseur quelconque, mais seulement contre le possesseur *pro herede* et le possesseur *pro possessore*. Le premier est celui qui, de bonne ou de mauvaise foi, à tort ou à raison, se prétend héritier et conteste cette qualité au demandeur. Le second est celui qui ne saurait alléguer aucune cause légitime de sa possession et ne se prétend pas héritier, *qui interrogatus cur possideat, responsurus sit quia possideo*. On leur assimile le *fictus possessor* dans le double sens déjà signalé (n° 614). Contre les personnes qui possèdent à tout autre titre des objets singuliers ou même une partie

de la succession, notamment contre les possesseurs *pro emptore*, *pro donato*, etc., l'héritier doit agir, soit par les actions particulières à chaque genre de réclamation, soit par la revendication. Mais ils pourront, en lui opposant l'exception *quod præjudicium hereditati non fiat*, le renvoyer à débattre d'abord son titre héréditaire avec leur auteur, c'est-à-dire avec leur vendeur ou donateur, etc. (ff. 9, 10, 11, 12, 13; f. 25, p. 17, *Dig.*, 5-3; C. 7, *Cod.*, 3-31).

De là résulte que le demandeur a le droit d'interroger le défendeur sur la qualité de sa possession, et de la réponse dépendra le choix définitif de l'action (C. 11, *Cod.*, 3-31).

620. **De ses formes.** — La procédure de la pétition d'hérédité offre les trois formes de la revendication, *actio sacramenti* devant les centumvirs, *sponsio*, formule pétitoire. Il est pourtant vraisemblable qu'elle resta plus longtemps fidèle aux deux premiers procédés (*Gaïus*, IV, 91-95).

De ses effets. — La pétition d'hérédité était arbitraire. Les restitutions à faire pour éviter la condamnation séparaient nettement le défendeur de bonne foi et le défendeur de mauvaise foi.

L'un et l'autre doivent restituer ce qu'ils ont de la succession, c'est-à-dire les choses héréditaires et tous les accessoires, fruits et produits acquis à leur occasion. Car le droit revendiqué dans la pétition est une universalité qui s'accroît de tout ce qu'engendre la succession; c'est ce qu'on exprime par la règle *Fructus augent hereditatem*, qui distingue cette action de la revendication proprement dite (*suprà*, n° 177). Mais le défendeur de bonne foi ne restitue que ce qu'il a réellement possédé, et n'est comptable de ses aliénations que jusqu'à concurrence de son enrichissement. Le défendeur de mauvaise foi est tenu de rendre, en outre, ce qu'il a cessé ou même omis de posséder, et répond des valeurs dont il a disposé, qu'il en ait ou non profité. Il paraît même obligé de payer au double l'estimation des fruits qu'il aurait dû ou pu percevoir.

De plus, l'un et l'autre obtiennent la restitution des impenses occasionnées par les fruits qu'ils ne gardent pas, et les impenses nécessaires qu'ils ont faites sur la substance même de la succession. Mais les impenses utiles ne sont restituables au possesseur de mauvaise foi que jusqu'au maximum de la plus-value qui en résulte, tandis que le possesseur de bonne foi a droit à la réparation même de celles qui se trouvent perdues.

A raison de ces questions complexes et de ces obligations multi-

ples qui peuvent se lier à la pétition d'hérédité, certains jurisconsultes, sans lui dénier la nature d'action réelle, la qualifiaient de *mixta personalis*. D'autres enseignaient que l'exception de dol s'y trouvait sous-entendue, pour y reconnaître au juge les pouvoirs dont il était investi dans une action de bonne foi. C'est là probablement tout ce qu'a voulu dire Justinien, dans un texte dont il sera question ailleurs (*Paul,* I, t. XIII[b], 8; ff. 23, 38, 25, 39, 41, *Dig.*, 5-3; *Inst.*, p. 28, *hic*) (1).

ACTIONS *IN REM* PRÉTORIENNES.

CHAPITRE XII

DE L'ACTION PUBLICIENNE.

(*Inst.*, IV, t. VI, p. 3-4.)

621. Toute action relève bien du préteur ou du magistrat, dans ce sens qu'il en délivre la formule ou qu'il la juge lui-même. Mais il y a des cas où c'est le préteur, et non la loi, qui confère le droit d'agir; l'action est alors qualifiée de prétorienne. Le préteur veut par là compléter ou corriger la législation civile. Il a le choix entre deux méthodes principales : 1° ou bien il construit la formule sur une hypothèse fictive, comme si les conditions de la législation civile étaient réalisées; 2° ou bien il se contente de poser au juge une question de fait, et construit la formule *in factum*.

De là deux catégories d'actions réelles prétoriennes : 1° les *actiones fictitiæ*, qui sont l'action Publicienne, l'action rescisoire et l'action Paulienne ; 2° les *actiones in factum*, dont le plus bel exemple est l'action hypothécaire.

La Publicienne est une espèce de revendication, fondée sur la supposition que le demandeur, lorsqu'il a perdu la possession de la chose, avait déjà fini une usucapion qui n'était en réalité que commencée. Le nom de cette action lui vient de son auteur, le préteur Publicius, probablement contemporain de Cicéron.

622. **Des choses soumises à la Publicienne.** — Le but essentiel de la Publicienne, c'est d'assurer par anticipation, à la personne en

(1) La *causa liberalis*, qu'on peut considérer comme une cinquième action réelle civile, trouve une place plus logique dans la théorie des actions préjudicielles.

voie d'usucaper, un avantage que le droit civil ne lui reconnaîtrait pas avant l'achèvement du délai d'un an ou de deux ans.

Choses en cours d'usucapion. — Cette action a donc tout d'abord et naturellement pour objets les choses en cours d'usucapion, soit les *res mancipi* reçues *à domino* par simple tradition, soit les *res mancipi* ou *nec mancipi* reçues *à non domino*. Bref elle coïncide avec les deux cas d'utilité de l'usucapion classique (*suprà*, n° 179 ; f. 1, *Dig.*, 6-2).

Choses non susceptibles d'usucapion. — Mais la Publicienne fut en outre étendue à des choses non susceptibles d'usucapion. Il faut distinguer si l'impossibilité d'usucaper tient à des motifs de bon sens et d'ordre public, ou seulement à la rigueur de règles arbitraires et subtiles. Dans la première hypothèse, la Publicienne est impossible comme l'usucapion ; c'est ainsi qu'elle ne s'applique pas aux *res extrà commercium*, aux *res furtivæ*, aux *res vi possessæ*. Dans la seconde hypothèse, la Publicienne est possible, à la différence de l'usucapion ; c'est ainsi qu'elle s'applique aux servitudes et aux fonds provinciaux. Il n'y a donc pas d'antinomie entre ces décisions ; tout dépend des raisons qui empêchent d'usucaper (f. 9, p. 5 f. 11, p. 1 ; f. 12, p. 2, 4, *Dig.*, 6-2).

623. **Des parties à la Publicienne.** — A raison de son origine, cette action n'offre pas la complication des trois formes signalées pour les *vindicationes* civiles, et se réalise toujours par la formule pétitoire. Elle est arbitraire, et n'est pas annale, quoique prétorienne, *quia rei persecutionem habet* (*Gaïus*, IV, 36 ; f. 35, *Dig.*, 44-7).

Du demandeur. — La première condition requise pour la Publicienne, c'est d'avoir possédé. Ainsi l'héritier fidéicommissaire, le *bonorum possessor*, le *bonorum emptor* peuvent avoir la chose *in bonis* sans en avoir jamais été possesseurs ; en conséquence, ils ne sont pas investis de la Publicienne, et le préteur pourvoit à leurs besoins par d'autres moyens. Mais, une fois née au profit d'une personne qui possède, elle passe à ses héritiers, même avant leur entrée en possession (*Arg. Gaïus*, II, 222 ; f. 7, p. 9 ; f. 12, p. 1, *Dig.*, 6-2).

Entre les possesseurs, la Publicienne n'appartient, en principe, qu'à ceux qui se trouvaient *in causâ usucapiendi*, et qui ont perdu la possession avant l'usucapion accomplie. Quand ils ont établi ce fait, c'est au défendeur à prouver qu'un obstacle s'opposait à l'usucapion, comme le vice de la chose, la mauvaise foi du demandeur, etc. Par faveur spéciale, l'action compète aussi aux possesseurs provinciaux, aux quasi-possesseurs de servi-

tudes, que des raisons de pure théorie écartent de l'usucapion.

Enfin, bien que destinée aux personnes dépourvues du domaine quiritaire, elle profite fort souvent aux propriétaires *ex jure Quiritium*. Car ils peuvent reculer devant la preuve trop difficile de leur propriété, preuve indispensable à la revendication. Ils recourent alors à la Publicienne, s'ils réunissent les deux conditions précédentes. Elle ne leur procurera pas, comme l'eût fait la revendication, une reconnaissance judiciaire de leur propriété ; mais elle ne les oblige qu'à justifier que la chose leur a été livrée *ex justâ causâ*, double circonstance dont la démonstration ne saurait offrir d'embarras sérieux. C'est ainsi que l'héritier civil laisse parfois dormir ce titre pour se présenter simplement en qualité de *bonorum possessor* (*suprà*, n° 614).

Du défendeur. — A l'égard du défendeur, la Publicienne relève des mêmes règles que la revendication ; elle s'intente contre quiconque détient la chose, sans distinction. Cette doctrine a des contradicteurs, et va s'éclaircir par l'étude des effets de l'action.

624. **Des effets de la Publicienne.** — La plupart des auteurs, dans un langage plus inexact peut-être que le fond de leur pensée, subdivisent la Publicienne en deux actions ou deux applications d'inégale énergie. Intentée par la personne en voie d'usucaper une *res mancipi* livrée *à domino*, disent-ils, elle doit triompher d'un défendeur quelconque, fût-ce le propriétaire quiritaire. Intentée par la personne en voie d'usucaper une *res* qnelconque livrée *à non domino*, ou plus généralement lorsqu'elle est exercée par le simple possesseur de bonne foi, elle ne doit triompher que d'un défendeur inférieur en droit, et reste donc inefficace contre le *dominus ex jure Quiritium*.

Cette distinction est inacceptable. La Publicienne n'a qu'une formule, qui s'adapte également à tous les cas. Cette formule peut entraîner la défaite de tout défendeur, fût-il *dominus ex jure Quiritium* ; car elle charge le juge d'imposer au détenteur la restitution, ou de le condamner à défaut de restitution, s'il est reconnu que le demandeur a possédé dans les conditions voulues. Mais le défendeur, quand il est propriétaire, fait ajouter à la formule une exception tirée de son droit de propriété ; c'est l'exception *justi dominii*, qui paralysera le demandeur, s'il ne la renverse à son tour par une réplique. Réduite à ces termes, la difficulté n'est plus sérieuse.

1° Intentée contre le *dominus* qui a fait simple tradition d'une *res*

mancipi, la Publicienne est ordinairement victorieuse. Car s'il oppose l'exception *justi dominii*, le demandeur lui répondra par la *replicatio rei* (*venditæ aut donatæ et*) *traditæ*. Mais ce résultat n'est pas inévitable ; il se pourrait, par exemple, qu'à la réplique du demandeur, le défendeur propriétaire opposât une *duplicatio legis Cinciæ*, c'est-à-dire une duplique fondée sur le motif qu'il a dépassé le taux de la loi Cincia dans sa donation.

2° Intentée contre le *dominus* dont la chose avait été livrée par un tiers sans droit, la Publicienne échoue le plus souvent. Car aucune réplique n'est alors possible, en thèse générale, contre l'exception *justi dominii*. Cependant il en est autrement dans certaines hypothèses, par exemple, si les qualités de propriétaire et de *tradens* se trouvent réunies sur la même tête à la suite d'une succession, etc.

3° En laissant de côté le *dominus*, il ne serait pas juste que la Publicienne triomphât toujours contre un possesseur ordinaire. Ainsi l'on doit prévoir le cas où le défendeur est dans la même position qu'invoque le demandeur, c'est-à-dire *in causâ usucapiendi*. Nératius donnait alors la préférence à celui qui avait reçu tradition le premier ; Julien, dont l'opinion l'emporta dans la pratique, attribuait gain de cause, tantôt au plus ancien possesseur, lorsque les deux adversaires avaient reçu tradition du même *non dominus*, tantôt au possesseur actuel, lorsqu'ils avaient reçu tradition de deux *non domini* différents (f. 31, p. 2, *Dig.*, 19-1 ; f. 9, p. 4, *Dig.*, 6-2).

Pour conclure, on voit que la Publicienne assure le triomphe du demandeur envers quiconque possède sans cause et sans bonne foi. Une dans sa formule et dans son essence, elle ne tend pas à dépouiller le propriétaire ; mais s'il est préservé, ce n'est qu'indirectement, au moyen d'une exception *justi dominii* qui le met dans la nécessité d'établir sa propriété. C'est un des cas très-rares où le défendeur peut avoir à fournir la preuve de son droit ; les Institutes y font sans doute allusion dans un texte énigmatique qui a soulevé bien des controverses (*Inst.*, p. 2, *hìc ;* ff. 16, 17, *Dig.*, 6-2).

CHAPITRE XIII

DE L'ACTION RESCISOIRE.

(*Inst.*, IV, t. VI, p. 5.)

A l'aide d'une fiction inverse de la précédente, le préteur tient

souvent pour non avenue une usucapion accomplie, et la rescinde pour rendre au propriétaire une action que cette usucapion lui avait fait perdre. L'action ressuscitée sera donc *rescissoria* par son effet, et de sa nature *in rem fictitia.*

625. **Cas d'application.** — Au temps des jurisconsultes classiques, l'action rescisoire s'applique à deux hypothèses bien distinctes : 1° *lorsque l'usucapion s'est accomplie au préjudice d'un propriétaire empêché de l'interrompre par une cause légitime*, telle que l'absence pour service public, ou la captivité chez l'ennemi ; 2° *lorsque l'usucapion s'est accomplie au profit d'un absent.* Pour comprendre cette seconde application, il faut se rappeler que le droit civil ne donne aucun moyen d'agir contre le défendeur dont on ne peut rencontrer la personne. Le droit prétorien fournissait, il est vrai, la ressource de la *missio in possessionem* (*suprà*, n° 598) ; mais il est permis de conjecturer que le *missus* n'avait pas la possession juridique des biens de l'absent, et par conséquent n'interrompait pas l'usucapion ; d'ailleurs la *missio* lui donnât-elle une vraie possession, il n'avait pas toujours le moyen d'y comprendre la chose litigieuse. On n'a pas à se préoccuper ici du motif légitime ou non de l'absence ; il suffit que la poursuite ait été rendue impossible (f. 1 ; f. 21, p. 1 ; f. 23, p. 4 ; f. 26, p. 2, *Dig.*, 4-6).

Dans le droit de Justinien, la seconde application de l'action rescisoire n'existe plus ; car on se rappelle que ce prince donne au propriétaire des moyens faciles d'interrompre civilement l'usucapion qui court au profit d'un absent (*suprà*, n° 192). Les Institutes n'avaient donc à mentionner que le premier des deux cas précités. Par une inadvertance bizarre, elles ne visent textuellement que le second ; mais ce hasard de rédaction ne jette aucun nuage sur la pensée de Justinien (*Inst.*, p. 5, *hìc ;* C. 2, *Cod.*, 7-40).

626. **Conditions, effets et nature.** — Du reste, la rescision de l'usucapion accomplie constitue toujours une *restitutio in integrum*, qui met le préteur en contradiction directe avec le droit civil. On doit donc appliquer ici, sans hésitation, les principes généraux et les conditions ordinaires de la *restitutio in integrum*, tels qu'on les a déjà vus à propos de la tutelle et qu'on les retrouvera bientôt (*suprà*, n° 129).

Pour déterminer les véritables résultats et la véritable nature de l'action rescisoire, envisageons de haut l'ensemble de la position

de droit. Le préteur opère de deux manières la *restitutio* contre l'usucapion accomplie :

Restitutio par le moyen d'une exception. — Tantôt la *restitutio* a lieu par le moyen d'une exception. Supposons, en effet, que le précédent propriétaire ou possesseur de bonne foi recouvre la possession de la chose usucapée à son préjudice; si l'acquéreur par usucapion revendique à son encontre, le préteur lui accordera une exception contre cette revendication (f. 28, p. 5, *Dig.*, 4-6).

Restitutio par le moyen d'une action. — Tantôt la *restitutio* a lieu par le moyen d'une action. Ici deux voies peuvent s'ouvrir.

Primus était *in causâ usucapiendi* avant l'usucapion accomplie à son détriment par Secundus; il remplit donc les conditions voulues pour intenter l'action Publicienne, et l'intente. Secundus lui oppose l'exception *justi dominii;* mais le préteur la paralyse, en rescindant par une *restitutio* l'usucapion qui lui sert de fondement. Tel est le cas prévu dans une loi célèbre, qui a fait le tourment des interprètes (f. 57, *Dig.*, 17-1).

Primus est devenu propriétaire d'une chose, soit par usucapion, soit de toute autre manière. A la faveur de son absence, Secundus usucape la même chose. Primus ne serait donc plus admis à revendiquer, puisqu'il a perdu le domaine quiritaire. Mais le préteur lui rend la revendication, en rescindant par une *restitutio* l'usucapion qui l'en avait privé.

Dans ces deux hypothèses, l'action donnée au demandeur repose sur la rescision de l'usucapion acquise à l'adversaire. Par l'une de ces voies, le dépouillé intente l'action Publicienne qu'il avait conservée, et le préteur la débarrasse seulement de l'obstacle qu'elle devait trouver dans l'exception *justi dominii.* Par l'autre de ces voies, le dépouillé intente l'action en revendication qu'il avait perdue, et que lui rend le préteur. Les circonstances déterminent l'emploi de la première ou de la seconde. Celui qui n'était, avant l'usucapion accomplie à son préjudice, que possesseur *in causâ usucapiendi*, ne peut se servir que de la Publicienne. Celui qui était devenu propriétaire sans avoir été *in causâ usucapiendi*, notamment par *in jure cessio* ou *mancipatio*, ne peut se servir que de la revendication. Celui qui avait acquis la propriété par usucapion a le choix entre la revendication et la Publicienne.

Mais en définitive qu'est-ce, au fond, que cette action rescisoire? C'est tout simplement l'action réelle qui appartenait au

demandeur, avant l'achèvement de l'usucapion dont il se plaint; c'est l'action en revendication civile ou prétorienne, rendue à son ancien titulaire par le résultat de la rescision. *Vindicatio* ou *Publiciana* ressuscitée, notre action rescisoire n'a donc pas d'existence propre et distincte. Les auteurs qui ont voulu l'individualiser, sous le nom de contre-Publicienne, ont commis une erreur formelle et donné l'existence à un mythe.

L'action rescisoire n'est d'ailleurs qu'annale, *quia contra jus civile datur* (f. 35, *Dig.*, 44-7).

CHAPITRE XIV

DE L'ACTION PAULIENNE.

(*Inst.*, IV, t. VI, p. 6.)

Le droit civil n'annule pas les actes faits par un débiteur en fraude de ses créanciers; la loi Ælia Sentia déroge seule à cette règle pour les affranchissements (*suprà*, n° 21). Mais le préteur est intervenu de très-bonne heure.

627. **Nature des remèdes prétoriens.** — Pour sauvegarder l'intérêt des créanciers, il existe trois remèdes prétoriens : 1° l'action Paulienne dont s'occupent ici les Institutes ; elle est essentiellement réelle, puisque Justinien en caractérise l'effet par les mots *rem petere*, et qu'elle se trouve mentionnée entre l'action rescisoire et l'action hypothécaire, l'une et l'autre réelles ; mais il n'y a pas d'autre texte où ce même caractère lui soit attribué ; 2° l'action Paulienne personnelle, la seule qu'étudient les jurisconsultes du Digeste ; 3° un interdit qualifié de *fraudatoire* (*Dig.*, 42-8 ; f. 67, p. 1-2, *Dig.*, 36-1).

Les interprètes sont loin de s'entendre sur la progression chronologique de ces trois institutions. Dans l'opinion qui paraît la meilleure, l'action personnelle est la plus ancienne ; elle prit le nom de son auteur, et fut probablement organisée avant la loi Ælia Sentia. Applicable indistinctement à tous les actes frauduleux du débiteur, elle forçait les tiers qui avaient bénéficié de ces actes à remettre dans son patrimoine le montant du préjudice subi par les créanciers. Elle restait donc insuffisante contre les tiers insolvables ; aussi, dans le cas spécial où l'acte frauduleux du débi-

teur était une aliénation, sembla-t-il préférable d'accorder aux créanciers l'interdit fraudatoire. Ils obtenaient par cette voie la possession de l'objet aliéné lui-même, et se dérobaient à la loi du concours avec les autres créanciers du tiers. Mais de cet interdit, il n'y avait plus qu'un pas à faire pour arriver à l'action réelle ; la distance fut franchie par Justinien ou ses prédécesseurs, et le silence du Digeste ou du Code sur ce point est ainsi expliqué.

Cette marche est conforme à l'esprit général de la législation romaine ; car on sait que les jurisconsultes classiques répugnaient, non sans raison peut-être, à reconnaître le caractère *in rem* aux actions résolutoires ou rescisoires.

628. **Conditions de l'action Paulienne en général.** — Certaines conditions uniformes sont toujours exigées pour l'exercice de ces moyens de droit.

A. *Préjudice.* — Il faut d'abord l'*eventus damni*, c'est-à-dire que l'acte du débiteur ait causé un préjudice aux créanciers. La Paulienne suppose donc que les créanciers ont obtenu la *missio in possessionem* des biens du débiteur, et que la *venditio bonorum* a eu lieu ; car l'acte n'aura pu causer de préjudice qu'en augmentant ou provoquant l'insolvabilité du débiteur (f. 1, *Dig.*, 42-8 ; C. 5, *Cod.*, 7-75).

Du même principe résulte la conséquence que la Paulienne appartient seulement aux créanciers antérieurs à l'acte du débiteur, ou subrogés dans les droits de créanciers antérieurs (f. 10, p. 1, *Dig.*, 42-8).

Enfin le préjudice ne doit pas consister dans l'omission d'une acquisition profitable, mais dans un appauvrissement direct du débiteur, dans une diminution positive de son patrimoine. Ainsi les créanciers n'avaient pas la faculté d'attaquer par la Paulienne la répudiation avantageuse d'une succession (f. 6, *Dig.*, 42-8; cf. Cod. civ., art. 622, 788, 1053, 2225).

B. *Intention frauduleuse.* — Il faut de plus l'*animus fraudandi*, le *consilium fraudis*, c'est-à-dire que le débiteur ait eu conscience du dommage qu'il allait causer. Si donc un débiteur diminue sans mauvaise intention un patrimoine déjà insuffisant, ou qui du coup le devient, l'action Paulienne est irrecevable. De même, à supposer qu'il eût l'intention de frustrer ses créanciers, ils ne pourront se plaindre si l'événement a trompé son attente, et que son actif soit resté assez vaste pour acquitter toutes ses dettes. La *fraus*, en no-

tre matière, revêt un sens complexe et renferme les deux éléments de l'*eventus* et du *consilium* (f. 79, *Dig.*, 50-17).

C. *Année utile.* — Comme toutes les actions prétoriennes qui tendent à la rescision d'actes civilement valables, la Paulienne ne se donne que durant une année utile, qui commence à courir du jour de la *venditio bonorum*. L'année expirée, l'action n'est pas absolument éteinte, mais le défendeur n'en reste plus tenu que jusqu'à concurrence de son enrichissement (f. 6, p. 14; f. 10, p. 24, *Dig.*, 42-8).

629. **Personnes qui en sont passibles.** — Malgré l'opinion généralement contraire des interprètes, on doit signaler une différence radicale entre la Paulienne réelle des Institutes et la Paulienne personnelle du droit classique.

De l'action réelle. — Du moment qu'on suppose remplies les conditions précédentes, la Paulienne réelle, par la raison même qu'elle est réelle, peut s'intenter contre tous détenteurs de la chose frauduleusement aliénée par le débiteur, sans distinguer s'ils sont de bonne ou de mauvaise foi. L'interdit fraudatoire a nécessairement la même ampleur.

De l'action personnelle. — Quant à l'action personnelle, elle est d'abord possible contre le débiteur *fraudator* lui-même, pour ses actes postérieurs à la *bonorum venditio ;* par exemple, il lui est advenu des biens qu'il a dissipés, sans en communiquer le profit à ses créanciers. L'action ne produira pas ici d'avantage pécuniaire, puisque le débiteur est insolvable; mais du moins il sera puni, parce qu'on lui appliquera le mode d'exécution personnelle, c'est-à-dire la contrainte par corps (f. 25, p. 7, *Dig.*, 42-8).

A l'égard des ayants cause du *fraudator*, ou de leurs héritiers, on fait une distinction capitale. Le tiers a-t-il traité à titre onéreux avec le débiteur, notamment en qualité d'acheteur, il n'est alors passible de la Paulienne que s'il a eu conscience de la fraude du débiteur, *conscius fraudis*. A-t-il traité à titre gratuit, notamment en qualité de donataire, il est alors passible de la Paulienne dans tous les cas; mais en le supposant de bonne foi, l'action se restreint à la mesure de l'enrichissement qu'il a retiré de l'acte. Cette différence fondamentale a sa raison d'être. L'ayant cause à titre onéreux est dans la même position que le créancier réclamant; l'un et l'autre *certant de damno vitando ;* or *in pari causâ melior est causa possidentis*, et la Paulienne ne saurait ici se comprendre sans

une mauvaise foi qui oblige le défendeur. Au contraire, l'ayant cause à titre gratuit *certat de lucro captando*, tandis que les créanciers cherchent à se préserver d'une perte ; l'action se justifie à son encontre, abstraction faite de toute complicité dans la fraude, par la considération qu'on ne doit pas lui permettre de s'enrichir aux dépens d'autrui (f. 6, p. 11 ; f. 25, p. 1, *Dig.*, 42-8).

630. **Effets.** — Pareilles dans leurs conditions, mais distinctes au point de vue des personnes qui en sont passibles, ces actions prétoriennes n'ont pas les mêmes effets.

La Paulienne personnelle est *concepta in factum*, et figure parmi les rares actions de créance qui sont arbitraires. Applicable à tous les actes frauduleux du débiteur, elle met, soit le débiteur lui-même, soit les complices de sa fraude, soit les personnes qui en ont profité à titre gratuit, sans considérer s'ils possèdent encore, dans la nécessité de réparer, en exéoution de l'*arbitrium* ou de la *sententia*, le préjudice causé aux créanciers.

La Paulienne réelle est *in rem fictitia;* on n'y peut voir qu'une revendication exercée par les créanciers à la place du débiteur, sur la fiction que la chose n'a pas changé de maître. Originaire de l'époque impériale, cette action n'a dû exister que sous la forme pétitoire. Applicable seulement aux aliénations frauduleusement consenties par le débiteur, elle aboutit, en sa qualité d'arbitraire, à mettre tout détenteur dans la nécessité de restituer la chose aliénée, ou de subir la condamnation.

A côté de la Paulienne réelle, se présente l'interdit fraudatoire, également possible contre tout détenteur, et qui tend comme elle à la restitution de la chose aliénée. Ces deux moyens de droit ne font-ils pas double emploi ? La différence entre eux se trouve sans doute dans la preuve. Les créanciers se contentaient de prouver sur l'interdit que la chose aliénée avait été possédée par le débiteur ; au contraire, sur l'action réelle, ils étaient tenus de prouver que la chose aliénée avait été sa propriété.

CHAPITRE XV

DES ACTIONS SERVIENNE ET QUASI SERVIENNE; THÉORIE GÉNÉRALE DE L'HYPOTHÈQUE.

(*Inst.*, IV, t. VI, p. 7.)

L'action quasi-Servienne, en d'autres termes hypothécaire, n'est que la généralisation de l'action Servienne et suppose l'hypothèque.

§ I

Origine et nature de l'hypothèque.

631. On a vu le plus ancien mode de sûreté réelle, constitué par l'aliénation fiduciaire, faire place au gage proprement dit. Si l'on admet que ces deux procédés aient coexisté, tout au moins le second détrôna-t-il le premier (*suprà*, n° 339).

Le gage lui-même, quoique préférable à la fiducie, présente un double inconvénient. D'abord il inutilise la chose engagée ; le gagiste n'a pas la faculté juridique de s'en servir, et le constituant n'en a pas la faculté matérielle, puisqu'il est dessaisi ; ce grave désagrément avait néanmoins un palliatif dans l'institution du précaire, ou dans l'intervention d'un bail plus nominal que réel. Mais le gage épuise, en outre, le crédit du débiteur avec une rapidité fâcheuse ; car un seul objet ne peut servir de sûreté qu'à un seul créancier, la valeur en fût-elle bien supérieure au montant de la créance.

C'est pour combler ces lacunes du gage qu'apparut l'hypothèque. Ce précieux instrument juridique, d'origine grecque, fonctionnait dans l'Asie Mineure au temps de Cicéron ; mais on ne sait pas nettement à quelle époque précise il fut introduit en Italie. Toutefois l'Édit perpétuel d'Adrien et des textes de jurisconsultes antérieurs ou contemporains s'en occupent déjà ; il est donc certain que le droit romain s'ouvrit à l'hypothèque dans le deuxième siècle de notre ère, au plus tard (Cicéron, *ad Att.*, XIII, 56; ff. 4, 15, *Dig.*, 20-1 ; f. 4, *Dig.*, 20-2).

Première application. — C'est un préteur Servius qui fit le premier pas dans cette voie. Il permit au fermier d'une exploitation

rurale d'affecter, par simple convention, à la sûreté de son prix de ferme, les meubles, les bestiaux et ustensiles aratoires qu'il apportait dans le fonds. Ce gage purement conventionnel fut même rendu plus efficace que n'était auparavant le gage réel ; car le bailleur eut le droit de revendiquer contre tout détenteur les objets affectés à sa créance. L'action *in rem* qu'on lui donna dans ce but est l'action Servienne.

Généralisation. — Ce procédé simple et commode ne tarda pas à se généraliser. Il fut admis que tout créancier pourrait, par simple convention, obtenir un *jus in re* sur les biens de son débiteur. La loi en supposa même l'établissement dans quelques cas. Dès lors la définition de l'hypothèque s'impose d'elle-même : c'est un droit réel prétorien, accessoire, sur une chose affectée, par un pacte ou par la loi, à l'acquittement d'une obligation. L'action qu'elle produit est l'action quasi-Servienne ou *hypothecaria* (*Inst.*, p. 7, *hic*).

Assimilation de l'hypothèque et du gage. — Désormais le gage et l'hypothèque sont assimilés ; le même mot de *pignus* sert à les désigner ; l'un et l'autre procurent contre les tiers un droit de suite, exercé par l'action hypothécaire. Cependant le gage proprement dit offre toujours ce trait spécial de supposer une tradition. Il ne peut donc porter que sur des choses actuelles, et garantir qu'un seul créancier à la fois. En outre, il permet au créancier gagiste de recouvrer même avant l'échéance la possession de la chose engagée, au moyen des interdits possessoires, tandis que le créancier hypothécaire n'invoque valablement son droit de suite qu'après l'exigibilité. Mais, réserve faite de ces différences, les deux théories se confondent à l'égard des tiers ; toute constitution de gage emporte *à fortiori* constitution d'hypothèque, et les jurisconsultes disent : *inter hypothecam et pignus tantùm nominis sonus differt* (f. 5, p. 1 ; f. 14, *Dig.*, 20-1 ; f. 5, p. 1, *Dig.*, 20-6).

§ II

Constitution de l'hypothèque.

Au point de vue de son établissement, l'hypothèque est *volontaire* ou *nécessaire*.

632. **Conditions communes à toutes les hypothèques.** — Elle nécessite toujours certaines conditions primordiales.

Dette principale. — La première condition, c'est l'existence

d'une dette, soit à la charge du propriétaire de la chose hypothéquée, soit à la charge d'autrui ; car un droit accessoire ne saurait aller sans un droit principal. Il n'importe que la dette soit civile, prétorienne ou naturelle, pure et simple, à terme, conditionnelle, ou simplement future ; tout ce qu'on exige, c'est qu'elle ne soit pas légalement nulle (f. 5 pr. et p. 2, *Dig.*, 20-1).

Choses susceptibles d'hypothèque. — La seconde condition, c'est que l'hypothèque affecte une chose susceptible d'en faire l'objet, c'est-à-dire d'être vendue ; car la vente est le but final de l'hypothèque.

A. Sont susceptibles de faire l'objet d'une hypothèque toutes les choses corporelles qui sont dans le commerce, immeubles ou meubles (f. 9, p. 1, *Dig.*, 20-1 ; cf. Cod. civ., art. 2119).

B. Parmi les choses incorporelles, on ne peut hypothéquer, à titre principal et distinct, ni les droits d'usage et d'habitation, ni les servitudes urbaines (f. 11, p. 3, *Dig.*, 20-1).

Mais on frappe régulièrement d'hypothèque : 1° l'usufruit, en ce sens que le créancier non payé a la faculté de s'en attribuer les avantages, ou mieux encore d'en aliéner l'exercice ; du reste, le constituant demeure titulaire de l'usufruit, dont le sort dépend toujours de son existence (f. 11, p. 2 ; f. 15, *Dig.*, 20-1 ; f. 8, *Dig.*, 20-6) ;

2° Les servitudes rurales, en ce sens que le créancier a l'exercice de la servitude, au profit de son propre fonds, jusqu'à l'échéance de la dette, et qu'après l'échéance il est maître de le vendre aux propriétaires voisins (f. 12, *Dig.*, 20-1) (1) ;

3° Les droits de superficie et d'emphytéose (f. 31, *Dig.*, 20-1 ; f. 15, *Dig.*, 20-4) ;

4° Les droits de créance, *nomina*. L'effet de cette hypothèque est d'autoriser le créancier à faire une cession à titre onéreux du *nomen* hypothéqué, pour se payer sur le prix. S'il le préfère, il réclame lui-même le payement par une action utile, et garde l'argent dans la mesure de ce qui lui est dû, ou, s'il ne s'agit pas d'argent, acquiert sur la chose les droits d'un gagiste (f. 18, *Dig.*, 13-7) ;

(1) Tout le monde n'interprète pas ainsi le texte relatif à l'hypothèque des servitudes rurales. Au lieu de l'appliquer à une servitude déjà constituée, la plupart des auteurs enseignent qu'il s'agit d'une servitude à constituer ; le créancier non payé aurait, dans cette opinion, le droit d'investir à titre onéreux un tiers d'une servitude sur le fonds du débiteur. Mais il est alors impossible de comprendre pourquoi le texte exige que le créancier ait lui-même un fonds voisin du fonds servant.

5° Le gage et l'hypothèque. On suppose qu'un créancier gagiste ou hypothécaire affecte cette sûreté à la dette dont il est lui-même tenu ; c'est le *pignus pignori datum*. Il en résulte pour son cessionnaire, outre les effets précités du *pignus nominis*, la possibilité de saisir et de vendre la chose hypothéquée, afin de s'en attribuer le prix jusqu'à concurrence de ce qui est dû au cédant (f. 13, p. 2, *Dig.*, 20-1).

633. **Des hypothèques volontaires en particulier.** — Une troisième condition offre un intérêt spécial dans la constitution des hypothèques volontaires, c'est-à-dire qui dérivent de la volonté d'un constituant. La constitution d'hypothèque a lieu : 1° par convention; c'est le mode le plus ordinaire; aucune forme n'y est requise, si bien que ce pacte peut s'induire de certains actes et résulter d'une intention tacite ou présumée; 2° par testament, en faveur d'un légataire ou d'un créancier du testateur (ff. 4 ; f. 26, p. 1, *Dig.* 20-1 ; f. 26, *Dig.*, 13-7).

Mais, conventionnelle ou testamentaire, la constitution d'hypothèque n'est valable qu'autant qu'elle émane d'un propriétaire capable d'aliéner. Dans cette matière essentiellement prétorienne, on entend par propriétaire non-seulement le *dominus ex jure Quiritium*, mais aussi la personne qui a l'objet *in bonis*, et même le possesseur légitime d'un fonds provincial. La règle n'est pas appliquée d'ailleurs à l'hypothèque de biens à venir, ou qui a pour objet une chose due au constituant, ou qui est subordonnée à la condition suspensive de l'acquisition de la propriété. Dans ces trois cas, le pacte de constitution est dores et déjà valable; mais le droit réel ne frappera la chose qu'une fois acquise au constituant (f. 15, p. 1 ; f. 16, p. 7 ; f. 1, *Dig.*, 20-1).

En dehors de ces exceptions, la convention d'hypothèque qui porte sur la chose d'autrui est et demeure nulle; car elle doit avoir pour résultat la création d'un droit réel, et toute l'opération tombe, quand ce résultat est impossible. Au contraire, on a vu que la vente de la chose d'autrui restait valable en principe; c'est que la vente, à la différence du pacte d'hypothèque, ne doit par elle-même produire que des obligations, et qu'on peut sans difficulté devenir créancier ou débiteur d'une *res aliena*.

Cependant l'hypothèque de la chose d'autrui n'est pas toujours inefficace. Le propriétaire reste libre de la ratifier. De plus, consentie par un possesseur de bonne foi, elle engendre une action

utile contre le constituant lui-même et contre le tiers qu'il pourrait vaincre dans la Publicienne. Cette action utile serait encore donnée au créancier de bonne foi contre le constituant qui aurait acquis plus tard la propriété. Enfin, si le propriétaire devient l'héritier du constituant, la doctrine qui semble prédominante reconnaît au créancier le droit d'agir (f. 20, *Dig.*, 13-7; f. 1; f. 18; f. 21, p. 1; f. 22, *Dig.*, 20-1).

634. **Des hypothèques nécessaires en particulier.** — On entend par hypothèques nécessaires celles qui n'ont pas leur source dans la volonté des parties. On en distingue trois espèces.

Pignus prætorium. — Le préteur sanctionne souvent ses ordres par un envoi en possession des biens du récalcitrant; plusieurs exemples nous en sont déjà connus. Tous ceux qui obtiennent cette *missio* en vertu des mêmes causes, bien qu'à différentes dates, sont de condition égale entre eux. Cette possession ne fut d'abord protégée que par un interdit ou par une action *in factum*; Justinien y attacha le droit de suite et l'action réelle, c'est-à-dire les principaux effets du gage volontaire. C'est le *pignus prætorium* (f. 5, p. 3, *Dig.*, 36-4; C. 2, *Cod.*, 8-22).

Pignus judiciale. — Lorsqu'un débiteur condamné ne s'exécute pas dans le délai fixé, le magistrat qui a organisé l'instance fait saisir quelques-uns de ses biens au profit de la partie gagnante. Ici le droit de gage n'existe qu'à partir de l'exécution réelle, et n'appartient aux intéressés que suivant l'ordre des dates, conformément à la règle commune. C'est le *pignus judiciale* (f. 10, *Dig*, 10-4).

Hypothèques légales. — La loi crée directement des hypothèques au profit de certains créanciers incapables de pourvoir eux-mêmes à leur sûreté, ou qu'elle veut favoriser. Les unes sont spéciales, c'est-à-dire restreintes à certains biens du débiteur; les autres sont générales, c'est-à-dire atteignent tout son patrimoine.

Parmi les premières, on peut citer : 1° celle du bailleur d'un fonds rural, *prædium rusticum*, sur les récoltes; 2° celle du bailleur d'une maison ou d'un appartement, *prædium urbanum*, sur les meubles apportés par le locataire; 3° celle du légataire sur la succession (ff. 4, 7, *Dig.*, 20-2; C. 1, *Cod.*, 6-43).

Les plus remarquables des secondes sont : 1° celle du fisc, sur les biens de ses administrateurs, des contribuables et de ses débiteurs contractuels; 2° celle qu'attribua Constantin aux pupilles

et mineurs de vingt-cinq ans, sur les biens de leurs tuteurs et curateurs, et qui fut étendue aux fonds par Justinien; 3° celle que ce dernier accorda aux femmes, sur les biens de leurs maris, pour la restitution de la dot (ff. 17; f. 46, p. 3, *Dig.*, 49-14; C. 20, *Cod.*, 5-37; C. 7, p. 6; *Cod.*, 5-70; C. 30, *Cod.*, 5-12).

§ III

Extinction de l'hypothèque.

L'hypothèque s'éteint par voie de conséquence ou directement.

635. **Extinction par voie de conséquence.** — La suppression *jure civili* ou *jure prætorio* de la dette fait disparaître l'hypothèque, en sa qualité d'accessoire. Mais ce résultat suppose que la suppression est complète, c'est-à-dire efface la totalité de la dette et ne laisse pas survivre une obligation naturelle. Tel est par excellence le cas du payement.

Des considérations de fait et d'équité occasionnent quelques dérogations à ce principe.

Jus offerendæ pecuniæ. — Ainsi, pour empêcher la vente dans un moment peu favorable, un créancier hypothécaire peut en désintéresser un autre qui lui est préférable. Il rend par là service à ses collègues, et même au débiteur. Aussi le recouvrement de la somme avancée lui est-il garanti par l'hypothèque de la créance éteinte. C'est le *jus offerendæ pecuniæ* (C. 1, 5, *Cod.*, 8-18).

Subrogation. — Lorsqu'un emprunt est fait, sous la double condition que les deniers seront employés à l'acquittement d'une dette hypothécaire, et que le prêteur sera subrogé dans l'hypothèque du créancier payé, la subrogation résulte du payement. Cette opération produit le même avantage que le *jus offerendæ pecuniæ* (f. 12, p. 8, *Dig.*, 20-4).

Payement du prix d'acquisition. — Si la chose hypothéquée est vendue par le débiteur, l'acheteur qui paye son prix entre les mains du plus ancien ou des plus anciens créanciers hypothécaires, devient préférable aux autres pour le recouvrement des sommes ainsi payées. Cette hypothèque, acquise sur sa propre chose, n'a d'autre mission que de tenir en respect le premier des créanciers hypothécaires non désintéressés. Car il ne pourra plus exercer son droit que moyennant l'offre de ce qui a été versé pour éteindre les droits antérieurs au sien (f. 17, *Dig.*, 20-4; C. 3, *Cod.*, 8-19).

636. **Extinction directe.** — L'hypothèque s'éteint en dehors de la dette :

1° Par la vente régulière de la chose, c'est-à-dire la vente que fait après échéance le premier créancier (C. 1, *Cod.*, 8-20) ;

2° Par la résolution des droits du constituant (f. 3, *Dig.*, 20-6) ;

3° Par la confusion, en d'autres termes, par l'acquisition de la propriété au créancier hypothécaire. S'il y a d'autres créanciers hypothécaires en rang inférieur, le nouveau propriétaire demeure admissible à se prévaloir de son ancien droit contre eux (f. 30, p. 1, *Dig.*, 44-2) ;

4° Par la renonciation expresse ou tacite. On l'induit notamment de l'adhésion que donne le créancier hypothécaire à une seconde hypothèque constituée en faveur d'un tiers, ou de la restitution de la chose hypothéquée, etc. (f. 12, p. 4, *Dig.*, 20-4);

5° Par la perte entière de la chose hypothéquée (f. 8, *Dig.*, 20-6);

6° Par l'usucapion de Justinien, ou prescription acquisitive de dix à vingt ans. Comme on s'en souvient, elle est distincte de l'usucapion de la propriété, et ne fait pas échec au principe que le *dominium* s'acquiert avec ses charges (*suprà*, n° 193);

7° Par la prescription libératoire de quarante ans. Ce mode d'extinction, ignoré du droit classique, fut imaginé par l'empereur Justin pour les hypothèques conventionnelles. Il faut supposer la créance elle-même et l'action personnelle éteintes par la prescription de trente ans. Alors, si la chose grevée est entre les mains d'un tiers détenteur, l'hypothèque s'éteint par voie de conséquence ; si la chose grevée est entre les mains du débiteur, l'hypothèque survit pendant dix ans. On explique d'habitude ce résultat par la survivance d'une obligation naturelle, qui remplace la dette prescrite et suffit à conserver l'hypothèque. Il est vrai que cette explication suppose tranchée une controverse sur le point de départ; car c'est une question séculaire que de savoir si la prescription de la dette laisse subsister une obligation naturelle. Mais on a le droit de répondre que Justin était précisément un partisan de l'affirmative, et qu'en sa qualité de législateur il y a rattaché la persistance de l'hypothèque (célèbre Const., *Cùm notissimi*, C. 7, *Cod.*, 7-39; cfr. art. 2180-4° Cod. civ).

§ IV

Effets de l'hypothèque.

637. L'hypothèque est *générale* ou *spéciale*, selon qu'elle frappe l'ensemble des biens d'une personne, ou seulement des biens déterminés.

Étendue. — Une fois constituée, l'hypothèque s'étend à tous les accessoires de la chose et comprend les améliorations qu'elle peut recevoir, alluvion, constructions, etc. Elle embrasse même l'enfant de l'*ancilla* hypothéquée, pourvu qu'il fût déjà conçu lors de la constitution et qu'il naisse chez le constituant ou son héritier (f. 18, p. 1-2, *Dig.*, 13-7).

Indivisibilité. — L'hypothèque est indivisible. Ce caractère ne signifie pas ici qu'elle ne puisse, comme les servitudes prédiales, se constituer ou s'éteindre pour une part indivise. Le sens en est que : 1° chaque portion divise ou indivise de la chose hypothéquée garantit toute la dette; ainsi, quand la chose passe à plusieurs acquéreurs par fragments ou par indivis, chacun d'eux est tenu hypothécairement de l'obligation entière; 2° chaque fraction de la dette est garantie par toute la chose; ainsi, quand le débiteur ou le créancier meurt en laissant plusieurs héritiers, et que l'un d'eux paye ou reçoit le montant intégral de sa part, la chose n'est point dégrevée pour une portion correspondante et reste tout entière hypothéquée du chef des autres. C'est l'adage *est tota in toto et tota in quâlibet parte* (f. 8, p. 2, *Dig.*, 13-7; C. 1, 2, *Cod.*, 8-32).

Situation du propriétaire. — L'hypothèque non accompagnée du gage proprement dit laisse au constituant le *jus utendi* et le *jus fruendi*, c'est-à-dire deux éléments de sa propriété. Quant au *jus abutendi* ou droit de disposer, c'est le seul qui ne reste pas intact. Il est limité par l'obligation de maintenir sans amoindrissement la sûreté hypothécaire, et les aliénations que fait le constituant ne sont pas opposables au créancier. Même sous cette restriction, il serait inexact de reconnaître au propriétaire la pleine faculté d'aliéner. Il l'a bien à l'égard des tiers; car la vente sera valable comme contrat, à moins d'avoir été prohibée par une clause expresse de la constitution d'hypothèque. Mais, à l'égard du créancier, il ne l'a qu'en supposant l'hypothèque générale; dans le cas contraire, on va jusqu'à le déclarer coupable d'un *furtum*, si la

chose hypothéquée qu'il aliène est mobilière (f. 7, p. 2, *Dig.*, 20-3; f. 66, *Dig.*, 47-2; C. 2, 3, 4, *Cod.*, 7-8).

638. **Situation des créanciers hypothécaires.** — En l'absence d'hypothèque, trois grands principes déterminent les droits des créanciers : 1° le patrimoine de l'obligé forme leur gage commun; lorsque le débiteur est insolvable, chacun d'eux subit une perte proportionnelle à la quotité de sa créance; 2° ce gage commun cesse de comprendre les biens aliénés par le débiteur, sous la réserve de l'action Paulienne s'il y a eu fraude; 3° pour arriver à la réalisation de ce gage commun, les créanciers ne peuvent pas procéder à la vente individuelle de tels ou tels biens; ils doivent vendre en masse tout le patrimoine (*bonorum venditio*).

Or l'hypothèque déroge à ces trois principes; car elle produit trois effets principaux : 1° le *droit de préférence*, c'est-à-dire d'échapper à la loi du concours, et de se payer, sur le prix de la chose hypothéquée, comme si l'on était seul créancier; c'est là l'essence et la fin de l'hypothèque; 2° le *droit de vente*, c'est-à-dire d'arriver à la réalisation du prix, pour mettre en exercice le droit de préférence; 3° le *droit de suite*, c'est-à-dire de méconnaître toute aliénation postérieure à l'établissement de l'hypothèque, et d'enlever la chose, soit au constituant, soit au tiers acquéreur, pour mettre en exercice le droit de vente. On voit clairement que le droit de vente et le droit de suite ne sont que les accessoires et pour ainsi dire les instruments du droit de préférence.

639. *Droit de vente.* — Le droit de vente relève ici des mêmes règles qu'en matière de gage, avec cette différence qu'il fut toujours essentiel à l'hypothèque (*suprà*, n° 340). Il faut seulement noter que le créancier hypothécaire, comme tout aliénateur en général de la chose d'autrui, n'y peut arriver qu'au moyen de la tradition; si donc la *res* est *mancipi*, l'acquéreur a besoin de l'usucaper pour en devenir *dominus ex jure Quiritium.*

639 *bis. Droit de préférence.* — A Rome, le droit de préférence n'attend pas pour se manifester, comme dans notre législation moderne, que le gage des créanciers ait été converti en numéraire et leur ordre fixé par le juge. Il n'a qu'une forme unique envers les cocréanciers ou les tiers, et consiste dans la faculté d'obtenir la possession de la chose pour la vendre (f. 5 pr., *Dig.*, 20-5).

S'il n'y a qu'un créancier hypothécaire en face des chirographaires, il se payera sur le prix, et restituera l'excédant au constituant

ou lui cédera ses actions de vente contre l'acheteur (f. 24, p. 2, *Dig.*, 13-7).

S'il y a plusieurs créanciers hypothécaires, l'ordre se détermine entre eux par la date des hypothèques, abstraction faite de la date des créances ; *prior tempore, potior jure.* Cette grande règle de la priorité s'applique sans distinction entre le gage et l'hypothèque, entre l'hypothèque générale et l'hypothèque spéciale. Lorsque la même chose est frappée d'abord d'une dette conditionnelle, ensuite d'une dette pure et simple, le créancier de la première l'emportera, bien que la condition ne s'accomplisse qu'après la naissance de la seconde, etc. Mais en supposant deux hypothèques exactement contemporaines, c'est le possesseur qui triomphe (f. 2 ; f. 10 ; f. 11, p. 1 ; f. 21, *Dig.*, 20-4).

Le premier créancier hypothécaire obtient ou retient la possession, vend lui-même, se paye de ses mains, et distribue le reste aux créanciers subséquents, dans leur ordre respectif.

640. *Droit de suite.* — Par quel moyen ce premier créancier hypothécaire exerce-t-il son droit à la possession? C'est ici que l'hypothèque va surtout révéler sa nature de droit réel. En effet, sans revenir sur l'action de gage proprement dite (*pigneratitia*), qui est civile et se restreint aux rapports du gagiste et du constituant, il faut reconnaître au créancier hypothécaire un ensemble de moyens énergiques pour conserver ou recouvrer la possession.

Interdits. — Des voies purement possessoires lui sont ouvertes ; ce sont les interdits *uti possidetis*, *utrubi*, *undè vi*, et dans un cas spécial l'interdit Salvien. Les détails en appartiennent à la théorie spéciale des interdits.

Action hypothécaire. — Soit qu'il n'ait jamais eu la possession, soit qu'il l'ait perdue, il peut la conquérir où la reprendre en intentant, au pétitoire, l'action Servienne ou quasi-Servienne, que les Romains appellent communément *hypothecaria* ou *pigneratitia in rem.* La formule ne nous en est point parvenue ; mais on la rétablit par conjecture au moyen de quelques textes. Il en résulte que l'action hypothécaire est une action réelle prétorienne, non pas *fictitia*, mais *in factum*.

Elle se donne contre le détenteur quel qu'il soit, constituant, nouveau propriétaire ou tiers. Elle est arbitraire, et le juge ordonne au défendeur de restituer la chose hypothéquée, s'il n'aime mieux

payer la dette, toute la dette; car le droit est indivisible (f. 12, p. 7, *Dig.*, 20-4; f. 16, p. 3, *Dig.*, 20-1).

Le demandeur doit prouver : 1° que l'hypothèque a été constituée ; 2° que le constituant avait la chose au moins *in bonis* lors de la constitution. C'est donc toujours une question de propriété qui se trouve ici soumise au juge ; l'action hypothécaire n'est au fond que la revendication ou la Publicienne, exercée au nom du constituant par le créancier, en vertu de l'hypothèque. Le créancier est tenu d'établir la propriété du constituant, comme l'eût fait ce dernier lui-même. Par conséquent, le créancier ne triomphe sur l'action hypothécaire qu'en l'hypothèse où le constituant eût triomphé sur la revendication ou la Publicienne ; en un mot, il est passible des mêmes exceptions (f. 23, *Dig.*, 22-3 ; f. 18; f. 29, p. 2, *Dig.*, 20-1).

Mais des exceptions particulières sont en outre opposables à l'action hypothécaire. La principale est le bénéfice de discussion, *beneficium excussionis*. Ce bénéfice est réel ou personnel. Le *beneficium reale* est le plus ancien ; il consiste dans le droit donné au débiteur de forcer le créancier, investi tout ensemble d'une hypothèque générale et d'une hypothèque spéciale, à se prévaloir d'abord de celle-ci. Le *beneficiumpersonale* date de Justinien ; il a deux applications importantes : 1° le tiers détenteur, recherché par l'action hypothécaire, peut exiger que le créancier intente en premier lieu, contre le débiteur et ses cautions, l'action personnelle de la créance ; 2° le tiers détenteur de la chose hypothéquée par un fidéjusseur peut renvoyer le créancier à discuter avant tout la chose hypothéquée par le débiteur lui-même (C. 2, *Cod.*, 8-14 ; *Nov.* 4, c. II).

De même, si le défendeur à l'action hypothécaire est investi d'une hypothèque préférable, il opposera l'exception de priorité, *si non antè pignoris hypotecæve nomine res sit obligata* (f. 12, *Dig.*, 20-4).

Enfin le tiers détenteur est libre de désintéresser le créancier et de demander en retour la cession d'actions ; le créancier, s'il refuse, sera repoussé par l'exception de dol (f. 19, *Dig.*, 20-4).

§ V

Observations critiques sur le système hypothécaire des Romains.

641. L'organisation de l'hypothèque romaine est une belle œuvre théorique, mais un mauvais instrument de crédit. Car les créan-

ciers, les tiers acquéreurs, et par contre-coup les débiteurs eux-mêmes, lui demanderaient vainement protection et facilités.

Pour les créanciers, l'hypothèque a l'immense vice d'être occulte. L'empereur Léon crut parer à ce danger en décidant que l'hypothèque constatée, soit par acte public, soit par acte signé de trois témoins irréprochables, serait toujours préférée aux hypothèques même antérieures sur simple titre privé. Mais cette réforme n'était pas impérative, et ne constituait pas d'ailleurs une publicité suffisante de l'hypothèque. C'est donc en aveugle que le créancier prête son argent et poursuit l'action hypothécaire ; c'est au hasard qu'il vend, puisqu'il encourt toujours le risque d'un recours en éviction de la part de son acquéreur. Et connaît-il même les hypothèques antérieures, il n'a la faculté ni d'exiger ni de surveiller la vente ; son unique ressource est de la prévenir par le *jus offerendæ pecuniæ*, qui peut excéder ses moyens et l'exposer à des pertes nouvelles, s'il survient ensuite un créancier hypothécaire plus ancien qu'il ne connaissait pas. Comme on l'a dit justement, le premier des créanciers hypothécaires a donc la part du lion.

Quant au tiers acquéreur, il achète et paye à l'aventure. Que son vendeur soit le constituant ou quelque créancier hypothécaire, une éviction le menace pendant trente ans. Car s'il est poursuivi en vertu d'une hypothèque antérieure, il doit payer intégralement ou délaisser ; la loi ne lui donne aucun moyen terme pareil à notre purge.

La conséquence fatale de ces inconvénients, c'est que les débiteurs ne jouissent d'aucun crédit, impuissants qu'il sont à donner sécurité, soit aux acquéreurs, soit aux prêteurs.

Il faut ajouter à ces vices intrinsèques de graves inconvénients de procédure. La vente n'est pas publique ; elle se fait de gré à gré. Le concours entre les divers créanciers hypothécaires n'est pas réglé dans une instance collective, une fois pour toutes ; les débats surgissent entre deux créanciers qui se disputent la possession, sauf au vainqueur à recommencer le lendemain contre un nouvel adversaire supérieur par la date, jusqu'à l'entrée en lutte du premier de tous.

642. **Hypothèques privilégiées.** — Enfin les hypothèques privilégiées viennent mettre le comble à cette confusion.

Les jurisconsultes classiques avaient connu des *privilegia*. Le privilége n'était pas à leurs yeux un droit particulier, mais une

qualité de telles ou telles créances, qui leur assignait un rang de faveur contre les créanciers simplement chirographaires. Par conséquent, la date était indifférente en cette matière, et tous les priviléges fondés sur la même cause concouraient entre eux ; ils n'entraînaient ni droit de vente ni droit de suite, et se trouvaient primés par toute hypothèque, même postérieure. Les plus importantes applications de ces idées avaient été les priviléges des femmes sur les biens des maris pour la restitution de la dot, et des pupilles, mineurs, fous ou prodigues sur les biens de leurs tuteurs ou curateurs, pour la garantie des comptes de gestion. Ces priviléges, à l'exception de celui des prodigues, devinrent sous les empereurs chrétiens des hypothèques tacites (f. 23, *Dig.*, 27-3; f. 15, p. 1, *Dig.*, 27-10; f. 29, *Dig.*, 46-2).

Or, en combinant les deux idées de privilége et d'hypothèque, les Romains imaginèrent des hypothèques privilégiées, c'est-à-dire préférables à toutes les autres, même plus anciennes. Tels sont à titre d'exemple : 1° l'hypothèque tacite de la personne qui a fait des frais de conservation pour la chose ; 2° dans le dernier état du droit de Justinien, la célèbre hypothèque tacite des femmes mariées, dont l'explication viendra sur la théorie de la dot (f. 5, 6, *Dig.*, 20-4 ; C. *Assiduis*, 12, *Cod.*, 8-18).

C'est une question débattue que le classement respectif de ces hypothèques privilégiées.

CHAPITRE XVI

DES ACTIONS *IN PERSONAM* CIVILES ET PRÉTORIENNES.

(*Inst.*, IV, t. VI, p. 8 à 12.)

643. Chacune des actions réelles demandait un examen spécial; car elles sont peu nombreuses et d'importance majeure. La même méthode est inapplicable aux actions *in personam ;* on ne pourrait, sans refaire complétement le traité des obligations, tracer à part l'histoire de chacune d'elles.

Renvoi aux obligations. — En effet, les actions *in personam* sont civiles ou prétoriennes, comme les actions *in rem.* Mais la nature et les effets en ont été déjà précisés, à propos des obligations qu'elles sanctionnent. C'est ainsi qu'en étudiant les sources civiles

des obligations, contrats, quasi-contrats, vol, injure et loi Aquilia, on a nécessairement étudié les actions personnelles et civiles qui en dérivent, par exemple la *condictio*, les actions *empti venditi, locati conducti, pro socio, mandati, furti nec manifesti, injuriarum, legis Aquiliæ*, etc. On les retrouvera d'ailleurs dans la subdivision ultérieure des *judicia stricti juris* ou *bonæ fidei*.

De même, à propos des sources prétoriennes d'obligations, qui sont la *rapina* et les quasi-délits, on a rencontré certaines actions personnelles et prétoriennes, comme l'action *vi bonorum raptorum*, l'action *in factum* contre le juge prévaricateur, etc. Il y faut joindre l'action *furti manifesti*, substituée par le préteur à l'antique pénalité des Douze Tables. Les Institutes en signalent ici quelques autres, qui doivent seules appeler notre attention.

Les unes sont pénales. Elles peuvent avoir pour objet : 1° tantôt de sanctionner un principe d'équité méconnu par le droit civil ; la plus célèbre en ce genre est l'action de dol, dont le tableau trouvera place dans une autre division ; 2° tantôt de sanctionner un acte ou règlement de leur juridiction ; telles sont les actions données contre la personne qui dégrade à dessein l'affiche de l'édit (*albi corrupti*), ou qui cite en justice son ascendant ou son patron, sans la permission du préteur (*in eum qui parentem patronumve in jus vocâsset*), ou qui aura soustrait violemment un défendeur à la *vocatio in jus* pratiquée par le demandeur (*in eum qui vi exemerit*), etc. (*Inst.*, p. 12, *hic*).

Les autres n'ont rien de pénal et sont données en vertu de conventions que le préteur consacre ; les plus remarquables exemples sont l'action de constitut et l'action de serment (*Inst.*, p. 9, 11, *hic*).

Des actions prétoriennes en particulier. — Toutes les actions prétoriennes sont *in factum*. Comment donc est-il possible de les qualifier de personnelles ? Car on le sait déjà, la *demonstratio* et l'*intentio* se confondent dans les formules *in factum*, et le demandeur, sans arguer d'un droit réel ni personnel, y affirme simplement un fait dont l'existence est contestée. A ce point de vue, les actions *in jus* ou civiles, c'est-à-dire qui posent une question de droit dans l'*intentio*, font seules véritablement partie de la division des actions *in rem* et *in personam*. Mais le fait dont la condamnation dépend dans la formule *in factum* peut de même, à la rigueur, passer pour la cause d'une obligation que le demandeur invoque implicitement.

§ I

De l'action *de pecunià constitutà*, et du pacte de constitut en général (*Inst.*, p. 8-9, *hic.*)

Le constitut est la promesse de payer à jour fixe une dette préexistante.

644. **Origine.** — L'origine du constitut est dans le *receptum* ou *receptitium*, ancienne espèce de contrat pratiquée entre les banquiers et leurs clients. Les banquiers ouvraient à leurs clients des crédits, et par suite des comptes actifs et passifs dont ils tenaient écriture; ils payaient ou promettaient de payer pour eux. La promesse que faisait ainsi le banquier de payer à jour fixe dans les mains d'autrui ou pour autrui, était peut-être obligatoire en vertu du simple consentement, ou ne relevait que de formes très-simples. La créance qui en naissait avait pour caractères : 1° de n'être possible qu'envers les banquiers; 2° de n'exiger aucune dette préexistante, ni du client envers le banquier, ni du banquier envers le client ou le tiers qui recevait la promesse; 3° de s'appliquer à tout objet susceptible de stipulation, bien qu'en pratique elle portât de préférence sur de l'argent; 4° d'engendrer une action perpétuelle, en sa qualité de civile; c'était l'*actio receptitia.*

Bref le *receptitium* était une manière, soit d'ouvrir un crédit, soit de mettre à la disposition d'un client des fonds qu'il avait versés dans une maison de banque, ou qu'elle avait reçus pour son compte.

Le constitut n'est que la généralisation de cette faculté. Il a quatre caractères : 1° il se forme par le simple consentement de parties capables; 2° il suppose une dette préexistante, non paralysée par une exception; on exigeait à l'origine une identité d'objet entre la dette antérieure et le constitut ; 3° cette dette doit donc être de choses fongibles ou *quæ pondere, numero mensurâve constant;* 4° il produit une action, dite de *pecuniâ constitutâ,* qui est tantôt perpétuelle, tantôt annale dans certains cas inconnus (f. 1, p. 7 ; f. 3, p. 2, *Dig.*, 13-5).

Justinien supprime le *receptum* et le fond avec le constitut. Désormais, par un mélange des caractères précités : 1° l'action *de pecuniâ constitutâ* pourra naître contre toute personne capable; 2° elle suppose une dette préexistante; 3° on ne recherche plus à propos de quelle dette le constitut intervient; eût-elle pour ob-

jet un immeuble, le constitut n'en sera pas moins valable ; cette règle est sans doute antérieure à Justinien, et date de l'époque où le constitut ne porta plus nécessairement sur le même objet que la dette antérieure ; 4° l'action qu'il engendre est toujours perpétuelle (C. 2, *Cod.*, 4-18).

645. **Utilité du constitut.** — Le débiteur du constitut promettait, par ce pacte prétorien, de payer sa propre dette ou la dette d'autrui. Aussi distingue-t-on deux sortes principales de constitut, le *constitutum proprii debiti* et le *constitutum alieni debiti* (f. 5, p. 2, *Dig.*, 13-5).

Constitutum proprii debiti. — Ce constitut présente un avantage flagrant dans le cas où la première dette n'était que naturelle, et provenait par exemple d'un simple pacte. Alors, suivant la remarque de nos anciens auteurs, deux pactes réunis produisent une action, ce que chacun d'eux n'aurait pu faire séparément. La raison en est peut-être que nul doute ne plane ici sur le consentement des parties ; car le pacte de constitut s'explique et se justifie par le pacte antérieur (f. 1, p. 7, *Dig.*, 13-5).

Dans l'hypothèse où la première dette était déjà munie d'une action civile ou prétorienne, le *constitutum proprii debiti* a parfois d'autres avantages. Il permet notamment de conserver un droit temporaire qui allait s'épuiser, de changer le lieu du payement, de rapprocher ou de reculer le terme, etc. Aux yeux des Romains, la principale utilité du constitut était précisément cette dernière. Il en résulte que tout constitut fixe une date pour l'exécution ; de là vient son nom (*constituere*, prendre jour), et l'on n'admet que par bienveillance la validité d'un constitut fait sans désignation de jour. Justinien y insère alors un terme tacite de dix jours (f. 21, p. 1, *Dig.*, 13-5) (1).

Le constitut intervenu sur une dette conditionnelle dépendait toujours dans le droit classique de la même condition. Justinien permit plus tard aux parties de le faire pur et simple (f. 19, *Dig.*, 13-5 ; C. 2, *Cod.*, 4-18).

Le *constitutum proprii debiti*, lorsqu'il porte sur l'objet de la dette antérieure, est analogue au payement ; il ressemble à la dation en payement dans le cas contraire. Par conséquent, fait avec l'un des *correi stipulandi*, il éteint le droit des autres. Mais cet effet extinctif ne se produit que *jure prætorio*, et la dette antérieure reste vi-

(1) Ce texte est vraisemblablement interpolé par Justinien.

vante au point de vue civil. S'il est donc possible d'établir que le créancier a voulu seulement se réserver le choix entre l'action primitive et l'action de constitut, ou que le débiteur a voulu garder la faculté de payer l'une ou l'autre dette à son gré, rien ne s'oppose à la validité de pareilles volontés. La question est toute de fait; c'est d'après l'intention des parties que le constitut ajoute ou substitue une nouvelle dette à l'ancienne (f. 7, p. 1 ; f. 8 ; f. 10; f. 25, *Dig.*, 13-5 ; f. 59, *Dig.*, 46-3).

Le *constitutum proprii debiti* a lieu parfois en faveur d'un nouveau créancier. L'opération ressemble alors : 1° à l'*adstipulatio*, si le nouveau créancier n'a d'autre mandat que de s'adjoindre au précédent; 2° à la novation, si le débiteur lui a été délégué, ou s'il a le pouvoir de disposer de la créance, en qualité de mandataire, tuteur ou curateur (f. 7, p. 1, *Dig.*, 13-5).

646. *Constitutum alieni debiti.* — Faire le pacte de constitut à propos de la dette d'autrui, c'est faire acte d'*intercessor*. La femme ne pourrait donc y procéder contre la prohibition du sénatus-consulte Velléien.

C'est encore par la volonté des parties que se détermine le caractère de l'*intercessio* réalisée. Car le constitut équivaut : 1° à l'*expromissio;* c'est lorsque le nouveau débiteur a voulu s'obliger à la place de l'ancien. Mais le constitut a l'avantage de ne lier le constituant qu'en supposant l'existence et la validité de la première dette; 2° à la *fidejussio;* c'est lorsque le nouveau débiteur a voulu s'obliger à côté de l'ancien. Mais le constitut n'est point soumis aux limitations de la loi Cornélia, ni à la *prædictio* de la loi Apuléia (*suprà*, n° 310). De bonne heure, comme on l'a déjà vu, il porta valablement sur autre chose que l'objet de la dette primitive. Il pouvait être aussi plus onéreux qu'elle *tempore, vel loco, vel causâ;* s'il était plus onéreux *re*, c'est-à-dire obligeait à plus que la dette primitive, il n'était que réductible, et non pas nul. La poursuite dirigée contre le débiteur principal ne libérait pas le constituant, et réciproquement. Enfin, dans le cas où le constitut était fait par plusieurs personnes, elles étaient bien tenues *in solidum* comme des fidéjusseurs; mais il ne paraît pas que le bénéfice de division leur appartînt dans le droit classique. Justinien le leur accorda, ainsi que le bénéfice de discussion (f. 1, p. 5 et 8; f. 3, p. 2 ; f. 4 ; f. 11, p. 1 ; f. 12; f. 16; f. 18, p. 3, *Dig.*, 13-5 ; C. 2, 3, *Cod.*, 4-18; — Nov. 136, c. I).

Remarque générale. — On voit que les effets du constitut sont multiples et divers. Bien que fondé sur un motif d'équité prétorienne, il offre certains caractères de droit strict. Par exemple, la procédure *per sponsionem* était ici imposée aux parties; la *sponsio* était bilatérale, pénale et de la moitié de la valeur en litige. La partie qui succombait dans l'action *de pecuniâ constitutâ* payait au gagnant cette gageure exorbitante (*Gaïus*, IV, 171).

§ II

De l'action *de jurejurando*, et du serment en général.
(*Inst.*, p. 10, *hic*, IV, t. XIII, p. 4.)

647. On n'attache pas d'importance aux allégations d'un plaideur, ni même au serment qu'il fait spontanément; *sibi enim juravit.* Mais le serment est souvent prêté *conditione delatâ*, c'est-à-dire sur l'ordre du magistrat ou du juge, ou sur la réquisition de l'une des parties; la loi le considère alors comme un excellent moyen de trancher les procès, *maximum remedium expediendarum litium* (ff. 1, 3, *Dig.*, 12-2).

Il y a trois sortes principales de serments; le *jusjurandum* est *judiciale*, *necessarium* ou *voluntarium*. Les Institutes ne signalent pas les deux premiers, dont l'explication rapide est néanmoins indispensable à la pleine intelligence du troisième.

648. **Serment Judiciaire.** — Le *jusjurandum judiciale* est le serment déféré par le juge *in judicio*, dans les deux hypothèses suivantes :

1° Les preuves de part et d'autre ne sont pas décisives (*in dubiis causis*). Si elles manquaient tout à fait, le défendeur serait absous. Mais quand elles ne sont qu'insuffisantes, le juge est libre de déférer le serment (justement appelé *supplétoire*) à l'une ou l'autre des parties, et de prononcer pour ou contre elle, selon qu'elle le prête ou le refuse (f. 31, *Dig.*, 12-2; C. 3, *Cod.*, 4-1).

2° Dans les actions arbitraires, dans les actions de bonne foi, et dans les actions de droit strict dont l'*intentio* n'est pas d'une *certa pecunia*, le serment judiciaire sert à déterminer le montant de la condamnation; il prend alors le nom spécial de *juramentum in litem.* Le juge le défère au demandeur *cum* ou *sine taxatione ;* mais il peut, sur de fortes raisons, rester au-dessous de l'estimation faite dans le serment, et même prononcer l'absolution. Ce *juramentum* pré-

suppose d'ailleurs le dol ou la mauvaise volonté du défendeur ; s'il n'y a eu que simple faute de sa part, le juge doit apprécier lui-même la réparation due au demandeur (f. 2, p. 1 ; f. 4, p. 3, 4 ; f. 5 pr., p. 2 à 4, *Dig.*, 12-3).

649. **Serment nécessaire.** — Le *jusjurandum necessarium* est probablement le serment déféré *in jure*, devant le magistrat, par l'une des parties à l'autre, sur le droit ou sur le fait. Son nom lui vient de la nécessité de le prêter ou de le référer. Il a des effets plus irrévocables qu'un jugement ; car le jugement est quelquefois rétracté ou renversé, tandis que le serment est au-dessus de toute atteinte. Lors même que la fausseté en serait démontrée, elle ne pourrait donner lieu qu'à des poursuites criminelles (f. 34, p. 6, *Dig.*, 12-2 ; f. 15, *Dig.*, 44-1).

Les deux précédentes espèces de serments, qu'on réunirait sans inconvénients sous le nom unique de serment nécessaire, n'engendrent pas d'actions ni d'exceptions particulières. Car ils reçoivent leur sanction immédiate, ou du juge par la sentence, ou du magistrat qui termine lui même l'affaire.

650. **Serment volontaire.** — Le *jusjurandum voluntarium* est extra-judiciaire, c'est-à-dire en dehors de toute instance engagée ou poursuivie ; il intervient entre personnes qui ne sont ni devant le juge, *in judicio*, ni devant le magistrat, *in jure*. L'une le défère à l'autre, qui est maîtresse de le prêter ou de le refuser.

Objet, forme et capacité. — Ce serment est applicable à toute espèce de créances et de droits réels. Les questions d'état elles-mêmes en font régulièrement l'objet, hormis de très-rares exceptions (f. 3, p. 1-2 ; f. 30, p. 4, *Dig.*, 12-2).

Le serment implique une convention ; car il est proposé par l'une des parties, accepté par l'autre. De là résulte qu'on peut bien refuser de le prêter, mais non le référer à son adversaire ; car ce serait lui imposer une convention. Il en faut conclure aussi que le serment doit se prêter comme il a été déféré, c'est-à-dire dans les mêmes termes ; si je vous propose de jurer *per genium principis*, vous n'êtes pas libre de jurer *per Jovem*. Du reste, une formule quelconque est admise, pourvu qu'elle ne s'inspire pas d'un culte prohibé (f. 3, p. 4 ; f. 5 pr., p. 1, 3, *Dig.*, 12-2).

Le serment est valablement prêté par toute personne capable de rendre sa condition meilleure, et valablement déféré par toute personne capable de rendre sa condition pire. S'il concerne le

droit d'autrui, un simple *negotiorum gestor* peut le prêter; mais ne peuvent le déférer que les personnes investies de la faculté de disposition, c'est-à-dire le tuteur, le curateur et le mandataire suivant les termes de son mandat. Ces décisions viennent de l'idée que le serment nuit à qui le défère et profite à qui le prête (ff. 17 à 21; f. 35, p. 1, *Dig.*, 12-2).

Effets. — A la suite de la prestation du serment, ou lorsque la partie qui l'avait déféré en a fait remise après l'acceptation de son offre, et l'a considéré comme prêté, le débat est tranché. On se trouve en présence d'une convention exécutée, que le préteur consacre.

Prêté par le demandeur, le serment lui donne l'action de *jurejurando;* prêté par le défendeur, il lui donne l'exception *jurisjurandi.* L'une et l'autre sont *in factum*, en ce sens que la seule question désormais soumise à la justice, dans le cas de contestation ultérieure, sera de vérifier si le fait du serment a eu lieu (f. 9, *Dig.*, 12-2; C. 8, *Cod.*, 4-1).

L'autorité du serment n'embrasse ni plus ni moins que ce qui a été juré. Ainsi, quand je nie par serment votre droit de propriété sans me dire propriétaire, je n'ai que l'exception pour vous repousser, si je possède, et nulle action pour vous réclamer la possession, si je la perds. A l'inverse, quand je jure que vous détenez mon bijou en gage de ma dette, j'ai bien l'action pour vous demander la restitution de l'objet engagé; mais je suis tenu d'abord à vous payer votre créance. Sous ce dernier aspect, on peut dire du serment qu'il est indivisible (ff. 11; f. 13, p. 2, 3, 4, 5, *Dig.*, 12-2).

Dans ces limites, la force du serment est assimilée et même supérieure à l'autorité de la chose jugée : 1° elle lui est assimilée; car elle se restreint comme elle entre les parties; 2° elle lui est même supérieure; car, après un jugement, la nécessité de recommencer le procès résulte quelquefois d'une découverte de pièces décisives et de preuves péremptoires; au contraire, il est interdit de remettre en question ce qui a été tranché par un serment extra-judiciaire (f. 1 pr., *Dig.*, 44-5; f. 2, 13, 31, *Dig.*, 12-2).

Il y a même des cas où les Romains comparent avec justesse le serment extra-judiciaire au payement. C'est ainsi que, prêté par un *correus promittendi* ou déféré par un *correus stipulandi,* il profite ou nuit aux autres. De même, prêté par le débiteur principal, il libère le fidéjusseur; prêté par le fidéjusseur, non sur le fait de la

fidéjussion, mais sur l'existence ou la validité de l'obligation, il libère le débiteur principal (f. 28, p. 1, *Dig.*, 12-2).

CHAPITRE XVII

DES ACTIONS MIXTES *TAM IN REM QUAM IN PERSONAM*.

(*Inst.*, IV, t. VI, p. 20.)

Aux deux grandes classes d'actions, soit *in rem*, soit *in personam*, il en faut rattacher une troisième, qui est célèbre sous le nom d'actions mixtes *tàm in rem quàm in personam*. Ces actions mixtes s'appellent également *divisoires*, à raison du but qu'elles visent. Il n'y en a que trois, *finium regundorum*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*.

631. **Du caractère qui leur est commun.** — Envisagée dans sa nature intime, une action ne saurait être en même temps réelle et personnelle. Car le demandeur à l'action personnelle soutient que le défendeur est son obligé, le demandeur à l'action réelle n'allègue aucune obligation du défendeur; or il est évident que ces deux prétentions s'excluent l'une l'autre. Ce n'est pas qu'il ne puisse arriver qu'on soit à la fois créancier et propriétaire de la même chose; tel est le cas du *locator*, du déposant, du commodant, du constituant dans le gage, etc. Mais on est alors investi de droits distincts et séparés, qui s'exercent par des actions également séparées et distinctes. A ce premier point de vue, les trois actions mixtes ou divisoires ne sont et ne doivent être que personnelles. Le demandeur y poursuit l'exécution d'une obligation née *quasi ex contractu*. La preuve en est que le droit réel de propriété ou d'hérédité, loin d'y faire l'objet du débat, s'y trouve nécessairement présupposé. S'il était mis en question, les parties devraient vider cette contestation préalable par un *præjudicium* (*infrà*, n° 634).

D'un autre côté, si l'on s'attache au *criterium* formulaire des actions, il devient plus manifeste encore qu'une action ne saurait être *in rem* et *in personam* tout ensemble. Comment concevoir une *intentio* qui contienne et ne contienne pas le nom du défendeur (*suprà*, n° 612)?

Dans quel sens est-il donc possible de considérer ces actions

comme mixtes? C'est ici l'un des problèmes les plus discutés du droit romain. Parmi les nombreuses explications qu'on en a proposées, la plus satisfaisante trouve le mot de l'énigme dans la rédaction particulière de la formule des trois actions divisoires. En effet, c'est à la conception impersonnelle ou personnelle de l'*intentio* que se réfèrent les dénominations *in rem*, *in personam;* la logique mène à penser que la dénomination d'actions *tàm in rem quàm in personam* doit avoir la même origine. Or, à la différence de toutes les actions en général, dont la formule n'a qu'une partie essentielle, les trois actions divisoires ont dans leur formule deux parties essentielles, l'*intentio* qui leur est commune avec les autres et l'*adjudicatio* qui leur est exclusivement propre (*suprà*, n° 594). De plus, leur *intentio* est *in personam*, parce qu'elle énonce le nom du défendeur poursuivi; leur *adjudicatio* est *in rem*, parce qu'elle attribue au juge des pouvoirs absolument indépendants de la personne de l'un ou de l'autre des plaideurs. Dès lors, à n'examiner que la rédaction de la formule, qui est la cause superficielle de la classification, ces actions peuvent s'appeler *tàm in rem quàm in personam*. Ce nom leur fut donné dans le temps du système formulaire et s'est abusivement maintenu plus tard. Telle est la solution raisonnable de cette célèbre question.

Il ne serait pas étonnant d'ailleurs que les jurisconsultes abâtardis du temps de Justinien eussent confondu la reconnaissance judiciaire du droit réel, comme elle résulte des actions *in rem*, avec l'attribution judiciaire du droit réel, comme elle résulte des trois actions divisoires. Cette ressemblance de fait aura jeté quelque nuage sur la nature incontestablement personnelle de ces dernières (*Inst.*, p. 20, *hic*).

652. **Action finium regundorum.** — L'action *finium regundorum* suppose deux fonds ruraux limitrophes et deux propriétaires différents, dont l'un veut mettre fin, soit à la confusion des limites, soit à l'usurpation d'une partie de son terrain. Cette action n'appartient régulièrement qu'au *dominus;* on la donne en qualité d'utile à l'usufruitier, à l'emphytéote, au gagiste. Le juge s'y fait assister d'*agrimensores* (f. 4, p. 9, *Dig.*, 10-1).

Perpétuelle jusqu'à Théodose, elle le reste même après ce prince dans sa première application, c'est-à-dire pour arriver au bornage; car il serait absurde qu'un laps de temps écoulé contraignît deux voisins à demeurer dans une sorte d'indivision; les textes sont

néanmoins recouverts d'une obscurité regrettable sur ce point. Elle est prescriptible par trente ans dans sa seconde application, quand elle tend au recouvrement de parcelles usurpées.

Le juge se contente parfois de mettre l'une des parties dans la nécessité de procéder à la limitation commune ou de restituer ce qu'elle a pris, sous peine de condamnation ; à cet égard l'action est arbitraire. Mais il peut arriver qu'en déplaçant la ligne actuellement séparative des deux fonds, on trouve des bornes anciennes ou naturelles, ou qu'il soit facile d'en établir de nouvelles plus saillantes et plus fixes ; alors intervient une attribution que n'ont pas nos juges modernes. Il y a lieu à l'*adjudicatio;* autrement dit, en vertu de la clause qui porte ce même nom dans la formule de l'action divisoire, le juge confère directement à l'un des plaideurs la propriété d'une partie du fonds de l'autre ; il estime le terrain ainsi adjugé, et condamne l'adjudicataire à payer une soulte en argent (f. 4, p. 3 ; f. 7 ; f. 8, *Dig.*, 10-1 ; *Inst.*, IV, t. XVII, p. 6).

653. **Action en partage**, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo.* — L'action en partage suppose que deux ou plusieurs personnes sont dans l'état d'indivision (*suprà*, n° 376), et qu'une d'elles rencontre des résistances pour en sortir, ou tout au moins que les parties ne s'entendent pas, soit sur la composition des lots, soit sur les comptes respectifs dont elles sont tenues à l'occasion des choses communes. Cette action s'appelle *communi dividundo*, lorsque l'indivision n'a pas sa source dans une vocation à la même hérédité ; elle s'appelle *familiæ erciscundæ*, lorsque les copropriétaires sont en même temps des cohéritiers. Elle ne tend pas à l'établissement de la qualité de propriétaire ou d'héritier ; car elle en implique la reconnaissance préalable.

L'action *familiæ erciscundæ* n'est admise qu'une fois entre les mêmes personnes, sur la même hérédité. Si quelques objets héréditaires y ont été omis, les cohéritiers doivent recourir à l'action *communi dividundo* pour le supplément de partage (f. 20, p. 4, *Dig.*, 10-2).

L'une ou l'autre comprend deux chefs principaux ou produit deux grandes catégories d'effets : 1° car elle peut entraîner des condamnations réciproques ou prestations personnelles, dont la nature et le montant se déterminent d'après les règles précédemment assignées à l'indivision ; 2° elle aboutit en outre à l'adjudication. Ce mode d'acquérir, réalisé par le juge en vertu de la mission que lui

en donne la formule de l'action divisoire, correspond à l'*in jure cessio* qui est réalisée par le préteur en vertu de sa juridiction. L'adjudication n'a jamais d'autre but ni d'autre résultat que de terminer l'indivision des choses corporelles. Quant aux éléments incorporels de la masse, c'est-à-dire aux créances et aux dettes (*nomina* et *æs alienum*), la loi des Douze Tables les partage de plein droit entre cohéritiers (f. 2, p. 5; f. 3, *Dig.*, 10-2).

Le partage romain, comme on le sait déjà, n'est au fond qu'un échange; les propriétaires eussent pu l'accomplir par des mancipations ou des traditions, et c'est à raison de leur désaccord que le juge le leur impose. L'effet attributif ou translatif en a été expliqué (*suprà*, n° 495).

Observation générale. — L'adjudication dans les trois actions divisoires procure la propriété quiritaire des *corpora*, tant *mancipi* que *nec mancipi*. Mais cette pleine acquisition exige que l'instance soit constitutive d'un *judicium legitimum;* sinon, l'adjudicataire aurait seulement la chose *in bonis* et devrait l'usucaper (*Ulpien*, XIX, 16; *Fragm. Vat.*, 47).

Sous la même réserve, l'adjudication sert à l'établissement de servitudes prédiales ou personnelles, au gré du juge. Par sa nature même, elle est toujours pure et simple, comme l'*in jure cessio* (*Fr. Vat.*, 49).

CHAPITRE XVIII

DES ACTIONS PRÉJUDICIELLES.

(*Inst.*, IV, t. VI, p. 13.)

654. Les *actiones præjudiciales* sont appelées aussi *præjudicia*, dans un sens étranger aux *præscriptiones* ou *præjudicia* qui jouent en tête des formules le rôle d'exceptions (*suprà*, n° 595).

Les actions préjudicielles sont proches parentes des actions réelles, *in rem esse videntur*. C'est qu'en effet, dans les unes et dans les autres, le demandeur n'allègue aucune obligation du défendeur, et l'*intentio* est conçue en termes impersonnels.

Cependant les actions préjudicielles se distinguent de toutes les autres par un caractère remarquable; leur formule est composée d'une *intentio* seulement, et ne contient ni *demonstratio* ni *condem-*

natio. Dans le droit du Bas-Empire cette particularité a disparu avec l'usage des formules; mais elle n'était que le signe extérieur d'une originalité de nature qui résiste aux changements de procédure. Les actions préjudicielles, au fond, tendent à la constatation d'un fait ou d'une qualité, dont la décision préalable importe à la solution d'une autre question, qui fera plus tard l'objet d'un nouveau procès ou *judicium*.

655. **Præjudicia omis dans les Institutes.** — Sur la foi de Justinien, on a cru longtemps que toutes les actions préjudicielles s'appliquaient à des questions d'état. Mais la découverte de Gaïus a démontré le contraire, que faisaient pressentir quelques textes (f. 30, *Dig.*, 42-5 ; *Paul,* V, t. IX, p. 1).

Entre autres exemples de *præjudicia* tout à fait étrangers à l'état des personnes, on doit rappeler celui que le défaut de *prædictio* attribue aux *sponsores* ou *fidepromissores* (*suprà*, n° 310), et signaler le *præjudicium quanta dos sit*. Il se réfère probablement à l'hypothèse suivante. Une personne constitue une dot, en promettant de la fixer plus tard, et se refuse ensuite à cette fixation. Par quelles actions le mari la demandera-t-il? Si la dot est exigible, il aura une *condictio* (*incerti*) *ex stipulatu ;* si le terme n'est pas échu, il n'aura que le *præjudicium quanta dos sit*. Car, sans réclamer dores et déjà un payement qui ne lui est pas encore dû, il peut avoir intérêt à connaître le chiffre de la dot, notamment pour organiser une exploitation, ou ne serait-ce que pour monter sa maison (C. 3, *Cod.*, 5-11 ; *Gaïus*, IV, 44 ; voy. aussi III, 123).

Præjudicia des Institutes. — Justinien signale trois *præjudicia* relatifs à l'état des personnes (p. 13, *hic*).

A. 656. *Liberale judicium* ou *causa liberalis*. — Le plus célèbre est le *liberale judicium* ou *causa liberalis*, qui donne à juger si telle personne est esclave ou libre. Cette question surgit de deux façons opposées : 1° sur l'allégation qu'un tel est libre; c'est alors la *vindicatio in libertatem ;* 2° sur l'allégation qu'un tel est esclave ; c'est alors la *vindicatio in servitutem*, immortalisée par le procès de Virginie.

Au temps des actions de la loi. — L'une et l'autre de ces réclamations se jugeaient dans la forme ordinaire des revendications de meubles, avec la *vindicatio*, la *contrà-vindicatio*, la *manuum consertio*, etc. Le magistrat réglait ensuite la possession, *vindicias dicebat ;* mais cette mesure n'avait ici d'autre portée que de déterminer le plaideur chargé de la preuve. Car la liberté de fait devait

toujours appartenir, durant le procès, à l'individu dont l'état se trouvait en litige. Du reste, cette personne ne pouvait figurer comme partie dans l'instance; il fallait que sa cause fût soutenue par un citoyen qui se portait champion de la liberté, *assertor libertatis* (*Gaïus*, IV, 14; *Paul*, V, t. I, p. 5; *suprà*, n° 15).

Sous le régime formulaire. — La *vindicatio in servitutem* continue à n'être qu'une action ordinaire. C'est la *causa liberalis*, souvent classée parmi les *actiones in rem*. Elle se poursuit comme elles *per sponsionem* ou *per formulam petitoriam;* on la donne, soit au maître, soit à toute personne investie sur l'esclave d'un droit réel quelconque (f. 8; f. 12, p. 5, *Dig.*, 40-12).

Quant à la *vindicatio in libertatem*, elle a cessé d'être une *actio in rem* normale, pour devenir une action préjudicielle sans *condemnatio*. On a conservé les anciens principes sur la nécessité d'un *assertor ;* mais si l'intéressé ne veut pas se prêter au procès, l'action est accessible quand même à ses parents, à ses parentes, à son conjoint, même à son patron. La liberté provisoire est toujours de règle; le magistrat n'impose plus la preuve à son gré, et doit la subordonner à l'état de fait antérieur au procès. La sentence a toute la force de la chose jugée pour la personne déclarée libre, et son état ne sera pas valablement contesté par le même adversaire; mais, au contraire, la personne déclarée esclave garde encore le droit de soulever le litige jusqu'à trois fois (ff. 1 à 6; f. 7 p. 5; f. 25, p. 1; *Dig.*, 40-12; C. 4; 14; 27, *Cod.*, 7-16; Martial, *Epig.*, I, 53).

A l'époque de Justinien. — L'intéressé figure lui-même au procès, et ce qui est jugé l'est définitivement. S'il ne veut ou ne peut agir, ses parents précités prennent valablement sa place (C. 1, *Cod.*, 7-17).

657. B. *Præjudicium de libertinitate.* — On accorde également un *præjudicium* sur la question de savoir si telle personne est ingénue ou affranchie. Hormis l'intervention d'un *assertor* qui est manifestement inutile, les grandes lignes de l'action précédente se retrouvent ici. La preuve est à la charge du demandeur, soi-disant patron ou soi-disant ingénu. Mais si l'affranchi reconnaît sa qualité, et qu'il conteste seulement le patronat de tel individu déterminé, c'est à ce dernier que les textes imposent toujours la preuve (f. 14, *Dig.*, 22-3; f. 6, *Dig.*, 40-14).

657 *bis*. C. *Præjudicium de partu agnoscendo.* — Cette action préju-

dicielle donne au juge la mission de rechercher si telle femme est accouchée, si elle a conçu en état de mariage, et si le mari est le père de l'enfant. Autorisée après le divorce par le sénatus-consulte Plancien, cette action le fut même *constante matrimonio* par un autre sénatus-consulte rendu sous Adrien (f. 3, *Dig.*, 25-3).

Elle est ouverte également sur la question de paternité, soit à l'enfant contre le mari de sa mère, soit à ce mari contre l'enfant (f. 10, *Dig.*, 1-6).

658. *Observations générales.* — De ces trois *præjudicia* qui touchent à l'état des personnes, les deux premiers intéressent l'ordre social et politique, étroitement mêlé à toute question de liberté et d'ingénuité. La troisième n'engage spécialement que l'intérêt privé.

Une règle qui leur paraît commune, c'est la nécessité d'un *justus contradictor*. En d'autres termes, pour rendre inattaquable la qualité qui doit résulter du *præjudicium*, il faut l'établir contre un contradicteur légitime. A cette condition, la sentence affirmative ou négative du juge dépasse les effets ordinaires et relatifs de la chose jugée ; elle revêt une valeur absolue et devient envers tous la vérité juridique : *placet ejus rei judicem jus facere*. Mais, à défaut de cette circonstance, la sentence est nulle, *inefficax*. Et même, si le *justus contradictor* a mis de la complaisance dans la lutte, un sénatus-consulte du temps de Domitien permet à toute personne de découvrir la fraude ; un délai de cinq ans continus est accordé dans cette vue (f. 3, *Dig.*, 25-3 ; ff. 1, 2, 3, *Dig.*, 40-16).

C'est par le même délai de cinq ans que s'éteint la faculté d'attribuer à un défunt une condition moins avantageuse que l'état dont il jouissait en mourant. Encore ne peut-on soulever ce débat qu'à titre de question préalable et nécessaire pour la solution d'une autre question principale. Mais le *quinquennium* n'exclut pas la réclamation d'une condition plus favorable au défunt (ff. 1 ; 3 ; 4, p. 1, *Dig.*, 40-15 ; C. 13, *Cod.*, 7-16).

Il semble d'ailleurs résulter des textes que cette influence prohibitive du délai de cinq ans n'atteint pas les *præjudicia* d'intérêt purement privé, par exemple *de partu agnoscendo* (C. 5, *Cod.*, 7-21).

CHAPITRE XIX

DEUXIÈME DIVISION DES ACTIONS, EN *REI PERSECUTORIÆ*, *PŒNALES* ET *MIXTÆ*.

(*Inst.*, IV, t. VI, p. 16-19.)

La division générale des actions *in rem* et *in personam* se tire, avons-nous dit, de la nature du droit allégué par le demandeur, nature qui influe sur la rédaction de la formule. Une deuxième division des actions a trait à l'objet que poursuit le demandeur.

659. **Notion et définition.** — Tantôt l'action a pour but de procurer au demandeur son bien ou l'équivalent, sans appauvrir le défendeur ; elle est alors qualifiée de *rei persecutoria*. Tantôt l'action a pour but d'infliger au défendeur une peine pécuniaire qui profite au demandeur ; elle est dite alors *pœnalis* ou *pœnæ persecutoria* (1). Il existe enfin des cas où les deux résultats précédents sont atteints par une seule et même action, qui se donne *tàm pœnæ quàm rei persequendæ causâ*, et qu'on appelle *mixta* pour ce motif.

En conséquence, l'action est *rei persecutoria* au point de vue du demandeur ; c'est celle qui tend à maintenir ou rétablir l'intégrité de son patrimoine.

L'action est *pœnalis* au point de vue du défendeur ; c'est celle qui tend à lui infliger une diminution de son patrimoine. Il est donc possible qu'une seule et même action offre des éléments complexes, et soit à la fois *rei persecutoria* pour le demandeur et *pœnalis* pour le défendeur. Par exemple, dans l'application de la loi Aquilia, supposons que la chose détruite n'ait aucunement changé de valeur dans l'année ou dans les trente jours qui précèdent le délit, et que le délinquant ne commette pas d'*infitiatio*. Le demandeur n'obtiendra que l'estimation de la chose qu'il a perdue, c'est-à-dire l'équivalent de son bien ; mais le défendeur subira une diminution de son patrimoine, puisqu'il devra payer le prix d'un objet anéanti dont il ne profite pas. Dans cette hypothèse et toutes autres pareilles, l'action paraît donc empreinte de deux caractères ; mais ils ne peuvent coexister, et l'un doit l'emporter sur l'autre ; l'ac-

(1) Il est à peine besoin de rappeler que les actions pénales sont d'un ordre essentiellement privé ; elles n'ont rien de commun avec les accusations publiques ou poursuites au criminel, *judicia publica* (*suprà*, n° 407).

tion est *pœnalis*. De là vient une subdivision moderne, mais exacte. On distingue les actions *pénales bilatérales*, qui appauvrissent le défendeur en enrichissant le demandeur, et les actions *pénales unilatérales*, qui appauvrissent le défendeur sans enrichir le demandeur.

660. **Intérêts pratiques de cette division.** — Il faut signaler trois grands intérêts pratiques de cette division.

Transmissibilité. — 1° L'action pénale est transmissible aux héritiers de la personne qui a souffert du délit, si ce n'est au cas d'injure. Mais elle n'est pas transmissible contre les héritiers du délinquant. Ils n'ont d'autre obligation que de restituer le bénéfice qui leur est advenu du délit, et sont passibles de ce chef d'une action *in factum*. On se rappelle d'ailleurs qu'un des effets de la *litis contestatio* est précisément d'attacher la transmissibilité et la perpétuité aux actions même pénales, *semel inclusæ judicio* (*Gaïus*, IV, 112 ; *Inst.*, IV, t. XII, p. 1 ; C. 1, *Cod.*, 4-17).

Au contraire, l'action *persecutoria rei* est activement et passivement transmissible. Cette règle ne comporte que de rares exceptions : 1° les héritiers du *sponsor* ou du *fidepromissor* ne supportent pas la dette de leur auteur (*suprà*, n° 310) ; 2° la plainte d'inofficiosité ne passe aux héritiers du descendant exhérédé que sous des réserves déterminées (*suprà*, n° 476) ; 3° on verra bientôt une troisième dérogation relative à l'action *rei uxoriæ* (*infrà*, n° 681).

2° *Solidarité.* — A la différence de l'action *persecutoria rei*, qui ne se donne qu'exceptionnellement *in solidum*, l'action pénale est toujours intentée pour le tout contre chacun des codélinquants. En règle à peu près générale, on peut faire un pas de plus : si l'action est pénale bilatérale (comme l'action *furti*), le payement émané d'un des codélinquants ne libère pas des autres, parce qu'ils doivent tous subir la peine. Si l'action est pénale unilatérale, le payement émané d'un des codélinquants libère les autres (C. 1, *Cod.*, 4-8 ; f. 17 pr., *Dig.*, 4-3).

3° *Poursuite noxale.* — L'action pénale est susceptible de s'exercer *noxaliter* contre le possesseur de l'esclave qui a commis le délit. Ce côté original du droit romain fera l'objet d'explications particulières (*infrà*, n° 694).

A ces divers points de vue, l'action mixte, pour ce qui excède la *rei persecutio*, est traitée comme une action pénale proprement dite.

661. Détermination des unes et des autres. — Quelles actions sont *rei persecutoriæ*, *pœnales* ou *mixtæ ?*

Parmi les actions in rem. — S'il fallait en croire Justinien, les actions *in rem* seraient toujours persécutoires. Cette règle est évidemment exacte en général ; mais elle cesse de l'être dans quelques situations intéressantes, par exemple à l'égard du *fictus possessor* (*suprà*, n° 614 ; f. 52, *Dig.*, 6-1).

Parmi les actions in personam. — Les actions *in personam* nées d'un contrat ou d'un quasi-contrat sont presque toujours persécutoires. Cette règle embrasse même l'action née d'une *stipulatio pœnæ ;* car la peine conventionnelle n'est au fond qu'une appréciation faite par les contractants de l'intérêt qu'ils attachent à l'exécution d'une convention principale. Cependant il est des actions issues *ex contractu* ou *quasi ex contractu* qui peuvent croître au double *per infitiationem* (*infrà*, n° 662) ; elles deviennent mixtes par cette augmentation.

Les actions *in personam* nées d'un délit ou d'un quasi-délit sont les unes pénales et les autres mixtes. Comme exemples d'actions pénales, il faut citer l'action *furti manifesti* ou *nec manifesti*, l'*actio injuriarum ;* sont mixtes, au contraire, les actions *vi bonorum raptorum* et *legis Aquiliæ*. Celle-ci l'est d'ailleurs dans un double sens ; car la condamnation croît au double contre le défendeur qui a nié faussement, et, lors même qu'elle se maintient au simple, elle représente, non le dommage éprouvé, mais la plus haute valeur que la chose ait eue dans l'année ou le mois. Elle est pénale unilatérale jusqu'à concurrence de l'indemnité, pénale bilatérale au delà (*Inst.*, p. 17, 18, 19, *hic*).

Action de dol. — Le dol exige quelques remarques.

Tantôt il engendre une action pénale ; c'est lorsqu'il se commet en dehors d'un contrat ou quasi-contrat préexistant. Cette action de dol constitue l'arme puissante et flexible qu'employèrent les préteurs, depuis les derniers temps de la République, pour atteindre, réprimer et réparer les actes deshonnêtes qui échappaient aux règles du droit proprement dit. Les héritiers n'en sauraient être passibles ; la victime ne peut que les poursuivre *in factum* et *quatenùs locupletiores facti sunt* (f. 17, p. 1, *Dig.*, 4-3).

Tantôt l'action qui dérive du dol est persécutoire ; c'est lorsqu'il se produit entre personnes liées par un contrat ou quasi-contrat. Les héritiers en sont alors responsables, non dans la

mesure de leur profit, mais pour le tout. Les Institutes semblent les en exempter dans un texte maladroitement généralisé ; elles veulent dire seulement que les héritiers n'ont pas à craindre la note d'infamie à raison du dol de leur auteur (f. 49, *Dig.*, 44-7 ; f. 157, p. 2, *Dig.*, 50-17 ; *Gaïus*, IV, 113 ; *Inst.*, IV, t. XII, p. 1).

CHAPITRE XX

TROISIÈME DIVISION DES ACTIONS, *IN SIMPLUM*, *IN DUPLUM*, ETC.

(*Inst.*, IV, t. VI, p. 21-27.)

662. Une troisième division des actions, assez analogue à la précédente, se tire du rapport mathématique entre la demande et la condamnation ; car les actions peuvent être au simple, au double, au triple, au quadruple.

Détermination du simple. — Quel est le terme originaire de cette progression ? Quel est le *simplum* qui sert d'unité ? D'après l'opinion la plus vraisemblable et la plus répandue, la réponse doit se chercher dans la formule. On compare entre elles l'*intentio* et la *condemnatio*. Le *simplum* ou l'unité, c'est le valeur réclamée dans l'*intentio* par le demandeur. Si la *condemnatio* ordonne au juge de reproduire cette valeur dans la sentence, l'action est au simple ; il n'importe pas d'ailleurs que le chiffre demandé égale ou dépasse l'indemnité véritablement due. L'action est au double, au triple, au quadruple, lorsque la *condemnatio* attribue au juge la mission de doubler, tripler ou quadrupler la valeur inscrite dans l'*intentio*.

1° *Actions in simplum.* — Les actions persécutoires, sans être les seules données *in simplum*, le sont toutes. Il n'en faut pas excepter l'action *ex stipulatu duplæ* (*suprà*, n° 351) ; car l'acheteur a stipulé pour le cas d'éviction le double du prix, et c'est ce double qui est réclamé dans l'*intentio* et reproduit dans la *condemnatio* (*Inst.*, p. 22, *hic*).

Plusieurs actions pénales sont également au simple ; ainsi l'action d'injures, et toutes celles où la somme de la condamnation est *certa*.

2° *Actions in duplum.* — Il y en a de deux espèces. Les unes sont toujours au double par leur nature même, *omnimodò ;* telles sont les actions *furti nec manifesti*, *de tigno juncto*, *servi corrupti*, etc.

Les autres, données d'abord au simple, croissent au double

quand le défendeur est condamné après sa dénégation. Ce sont les actions *judicati depensi* (*suprà*, n° 310), l'action du dépôt misérable, l'action de la loi Aquilia, et la *condictio ex testamento*. Cette dernière ne croissait au double *per infitiationem*, dans le droit antérieur à Justinien, qu'en vertu d'un legs *per damnationem*. Depuis que Justinien a mis tous les legs sur la même ligne, cette pénalité pouvait leur devenir générale ; l'Empereur en a fait néanmoins le privilége des legs adressés aux églises *vel cæteris venerabilibus locis*, couvents, hospices, maisons de refuge, etc. Il n'est plus même nécessaire que le débiteur conteste la disposition ; il suffit que son refus de payer oblige à l'appeler en justice (*Inst.*, p. 23, 26, *hic;* III, t. XXVII, p. 7; C. 2, *Cod.*, 6-43).

3° *Actions in triplum*. — L'ancien droit ne connaissait guère que deux actions au triple, dont a déjà constaté la désuétude, *furti oblati* et *furti concepti*. Il n'en resterait plus aucun exemple, si Justinien n'en avait créé une troisième, tout exprès peut-être pour conserver la symétrie de la classification. Elle se donne contre le demandeur qui fait porter sur l'exploit d'assignation (*libellus conventionis*) une valeur supérieure à ce qui lui est réellement dû, dans le dessein d'élever le salaire proportionnel (*sportularum nomine*) que le défendeur est obligé de payer à l'huissier (*viator*). Le triple du préjudice est poursuivi par une *condictio ex lege* (*Inst.*, p. 24, *hic;* C. 2, *Cod.*, 3-10).

4° *Actions in quadruplum*. — Il faut renouveler ici la remarque présentée pour les actions au double. En effet, il y a des actions qui s'élèvent au quadruple par la dénégation du défendeur ; telle est l'action arbitraire *quod metûs causâ* (*infrà*, n° 668). D'autres sont au quadruple dès le principe ; telles sont l'action pénale *furti manifesti*, l'action mixte *vi bonorum raptorum*, et l'action mixte qui s'intente contre l'huissier coupable d'avoir exigé des honoraires, ou plutôt des épices, au delà du tarif fixé par Justinien (*Inst.*, p. 25, *hic;* C. 4, *Cod.* 3-2).

CHAPITRE XXI

QUATRIÈME DIVISION DES ACTIONS, EN *ARBITRARIÆ*, *STRICTI JURIS* ET *BONÆ FIDEI*.

(*Inst.*, IV, t. VI, p. 28-31.)

663. Une quatrième division des actions, essentielle à bien en-

tendre, se tire de l'étendue des pouvoirs que la formule donne au juge. Les effets en ont été conservés à peu près intégralement dans le droit de Justinien, malgré la suppression du régime formulaire.

SECTION PREMIÈRE

DES ACTIONS ARBITRAIRES (*Inst.*, p. 31, *hic.*)

Le système des formules, avec sa condamnation toujours pécuniaire, s'adaptait mal aux réclamations de propriété et d'autres droits *in rem*. La procédure *per sponsionem* en palliait les inconvénients, puisque la *sponsio* n'était que préjudicielle et comminatoire dans les actions réelles, et n'aboutissait à la sentence en argent qu'envers le défendeur qui ne s'exécutait pas de son gré. Les actions arbitraires ont le même rôle correctif dans la procédure *per formulam petitoriam*.

L'action arbitraire est celle où le défendeur, lorsque l'*intentio* se trouve vérifiée et qu'il a conséquemment perdu le procès, peut encore obtenir son absolution, en donnant au demandeur une satisfaction que le juge détermine.

§ I

Forme et caractère de l'action arbitraire.

664. L'action devient arbitraire par l'insertion d'une clause spéciale dans la formule, habituellement à la fin de l'*intentio*, quelquefois dans la *condemnatio*, et presque toujours dans les termes *nisi restituat, nisi exhibeat*. Cette clause confère au juge le pouvoir particulier de rendre un interlocutoire qui fixe, impérativement ou sous la forme d'une simple faculté, la satisfaction à fournir par le défendeur, s'il veut échapper à la condamnation. Cet interlocutoire s'appelle *arbitrium ;* c'est en ce sens que nos actions sont dites *ex arbitrio pendentes* ou *arbitrariæ*.

Dans la procédure extraordinaire, bien qu'il n'y ait plus aucune rédaction de formule, ce caractère essentiel de l'action arbitraire n'a pas disparu, et le juge y rend toujours un *arbitrium* avant la sentence.

§ II

Effets de l'action arbitraire.

665. C'est d'après la bonne foi et l'équité que le juge règle son *arbitrium ;* par conséquent, lorsqu'un délai paraît nécessaire pour exécuter la satisfaction, il est maître de l'accorder avec ou sans caution. Il n'y a d'ailleurs que cette partie de l'action qu'il puisse trancher *ex æquo et bono*. Car l'action arbitraire n'est pas, de sa nature, une action *bonæ fidei*, et le juge n'y reçoit pas la mission générale de réprimer le dol. Ce qui le prouve, c'est que l'exception *doli mali* n'y est pas sous-entendue (f. 3, p. 13, *Dig.*, 10-4 ; *Inst.*, IV, t. XVII, p. 3).

Quelle doit être la satisfaction enjointe par le juge dans les différentes actions arbitraires? Au témoignage de Justinien, le juge peut ordonner au défendeur *ut restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causâ servum dedat*. Cette énumération n'est pas absolument limitative ; mais elle comprend les principaux exemples de la matière. Nous retrouverons plus loin le quatrième, dans l'exposé des actions noxales (*infrà*, n° 694). Quant aux satisfactions qui consistent à *restituere vel exhibere*, elles ne soulèvent pas de difficultés et se présentent dans les actions en revendication, en pétition d'hérédité, *ad exhibendum*, etc. C'est enfin sur l'action hypothécaire que le juge ordonne au défendeur de restituer ou de payer la dette, *solvere*, s'il ne veut être condamné à la valeur de la chose.

Quelle autorité coercitive s'attache à l'*arbitrium?* Peut-être n'en eut-il d'autre, à l'origine, que la menace indirecte de la condamnation. Mais de bonne heure on distingua deux hypothèses. Tantôt l'obéissance reste facultative pour le défendeur, réserve faite de la sentence qui punira son refus d'obéir. Tantôt l'*arbitrium* est exécuté *manu militari*, c'est-à-dire par la force publique dont dispose le magistrat. Dans cette dernière hypothèse, l'*arbitrium* reçoit aussi le nom spécial de *jussus*.

On a déjà précisé l'exacte portée de la *manus militaris* en cette matière, et déterminé rigoureusement les cas où l'emploi en est permis (*suprà*, n° 616). La grande utilité des actions arbitraires, ce fut précisément la possibilité qu'elle procurait, au demandeur d'une propriété ou d'un droit réel quelconque, de rentrer dans l'objet

même de sa réclamation. Pour les partisans de l'opinion qui ne croit pas à l'application de la *manus militaris* dans le droit classique, un *prædo* reste donc maître, après l'expiration des interdits possessoires, de garder la terre ou la chose qu'il a prise contre le gré du propriétaire. On objecte que sa résistance sera châtiée par une peine pécuniaire très-forte ; mais s'il est insolvable, que deviendra la sentence ? Faudra-t-il vendre l'objet réclamé pour indemniser le réclamant? De pareils résultats ne supportent pas l'examen. Le droit romain serait indigne de sa renommée, si l'on y rencontrait de telles lacunes dans la procédure, et tout porte à croire qu'il les a comblées (f. 68, *Dig.*, 6-1) (1).

Mais la condamnation pécuniaire est inévitable, lorsque le *jussus* reste inexécuté par la faute ou l'opiniâtreté du défendeur, et que l'emploi de la *manus militaris* est impossible ou n'est pas requis par le demandeur. La condamnation est toujours *incerta* dans la formule (*quanti ea res erit*) ; le juge en fixe donc le montant, parfois d'après sa propre appréciation, le plus souvent d'après le *juramentum in litem* du demandeur (*suprà*, n° 648).

§ III

Détermination des actions qui sont arbitraires.

666. Toutes les actions *in rem* sont arbitraires, lorsqu'elles s'intentent par la formule pétitoire. L'*arbitrium* y a toujours pour objet principal la restitution de la chose litigieuse, excepté dans l'action hypothécaire, qui laisse au défendeur l'alternative de payer ou de restituer, s'il ne veut être condamné (*Inst.*, 31, *hic*).

Parmi les actions *in personam*, on en trouve qui sont arbitraires. La nature des actions de droit strict y répugne. Mais il paraît certain que l'*arbitrium* et la *bona fides* ne s'excluent pas réciproquement; en d'autres termes, une action peut être tout ensemble arbitraire et de bonne foi. La question s'élève notamment à l'occasion des actions de bonne foi qui poursuivent une restitution, telles que les actions directes de commodat, de dépôt et de gage. Or aucun

(1) Un point incontestable, c'est que, dans le dernier état du droit romain, les actions arbitraires ont perdu leur principale raison d'être, puisque la sentence porte désormais sur la chose demandée. On a dû assimiler dès lors l'ancien *arbitrium de restituendo vel de exhibendo* à une condamnation proprement dite, en lui assurant force exécutoire.

obstacle théorique n'empêche le magistrat de les rendre arbitraires, par l'insertion de la clause *ne restituat*. Car de deux choses l'une. Ou le défendeur exécute l'*arbitrium*, et de même qu'il y trouve l'avantage d'éviter une condamnation, de même le demandeur y gagne d'obtenir la chose elle-même, au lieu d'une indemnité pécuniaire. Ou le défendeur refuse d'exécuter l'*arbitrium;* ce refus constitue alors un dol, et le *juramentum in litem* devient une peine d'autant plus acceptable que le récalcitrant pouvait s'y dérober. Ce raisonnement est d'ailleurs confirmé par les textes. On sait déjà qu'ils admettent le *juramentum in litem* dans les actions de bonne foi (*suprà*, n° 648); bien d'autres indications conformes apparaissent çà et là (*Gaïus*, IV, 47 ; f. 9, *Dig.*, 19-5 ; f. 7, p. 1, *Dig.*, 23-5 ; C. 4, *Cod.*, 4-64).

Justinien signale quatre exemples d'actions *in personam* arbitraires; ce sont les actions *de eo quod certo loco*, *ad exhibendum*, *quod metûs causâ* et *de dolo*. La première sera mieux comprise ailleurs (*infrà*, n° 698).

667. **Action ad exhibendum.** — La seconde nous est à peu près connue. L'action *ad exhibendum* appartient à quiconque justifie d'un intérêt pécuniaire à l'exhibition d'une chose. On l'intente ordinairement pour faciliter la revendication, quelquefois pour ouvrir la voie à d'autres actions réelles ou personnelles, telles que l'action hypothécaire, l'action noxale, etc. (f. 1 ; f. 3, p. 3, 4, 7 ; f. 13, *Dig.*, 10-4).

Elle se donne contre toute personne que la possession ou la simple détention met à même d'exhiber. Par exception, on y soumet aussi la personne qui est, à la suite de son dol, hors d'état d'exhiber. Dans cette hypothèse, on a vu que l'action *ad exhibendum* est considérée comme plus rigoureuse que la *condictio*, à cause du *juramentum in litem* qu'elle comporte (*suprà*, n° 231).

La représentation de la chose ne constitue pas toujours une exhibition suffisante. Car il peut arriver que la résistance du défendeur, prolongée durant le procès, ait dépouillé le demandeur d'un avantage ou droit quelconque, notamment de l'action qu'il se proposait d'intenter après l'exhibition ; c'est ainsi que l'usucapion consommée *inter moras litis* lui enlèverait la possibilité de revendiquer. Alors, pour exécuter l'*arbitrium* et s'épargner une condamnation, le défendeur doit exhiber, avec la chose elle-même, ce qu'on appelle *rei causâ*. Autrement dit, il a le devoir de replacer le

demandeur dans la position où l'aurait mis une exhibition immédiate, c'est-à-dire de lui tenir compte des fruits perçus durant le litige, et d'admettre que la revendication produise rétroactivement l'effet qu'elle aurait eu avant l'usucapion, etc. (*Inst.*, IV, t. XVII, p. 3; f. 9, p. 5, 6, 7, 8; ff. 10, 11, *Dig.*, 10-4).

667 *bis*. **Actions quod metûs causâ et de dolo.** — Il y a dol (*dolus malus*) dans tous les cas où des ruses, supercheries et machinations ont été pratiquées par une personne envers une autre, pour la circonvenir et la tromper (f. 1, p. 2, *Dig.*, 4-3).

Il y a violence (*metus*, *vis*), dans tous les cas où quelque acte juridique, soit d'aliénation, soit d'obligation ou de libération, est consenti sous l'empire de la crainte. On tient compte uniquement de la crainte que peut inspirer aux moins timides une violence illicite et sérieuse, telle que la menace d'un mal présent et grave, sans distinguer si l'on tremble pour soi-même ou pour les siens. Au fond, la *vis* ou *metus* constitue une question de fait (f. 3, p. 1; ff. 4, 5, 6, 9, 22, *Dig.*, 4-2).

Le droit civil ne daignait prendre en considération ni le dol ni la violence; il laissait la victime souffrir de sa faiblesse ou de sa simplicité. Pourvu que la volonté fût revêtue des formes consacrées, le vieux législateur la considérait comme efficace, abstraction faite des circonstances qui l'avaient déterminée; *deceptus aut coactus voluit, sed voluit*, telle était sa maxime. L'équité supérieure et la jurisprudence épurée du préteur ne pouvaient séparer ainsi les effets et la cause; il intervint par divers moyens, dont les principaux sont les actions *de dolo* et *quod metûs causâ*. Le tableau comparatif en est intéressant.

De leurs effets et de leur nature. — L'une et l'autre sont également arbitraires, personnelles, et contiennent *rei persecutionem*.

L'action *de dolo* reste au simple. En revanche, elle est infamante; aussi n'est-elle accordée qu'après enquête, pour un intérêt non modique, et comme ressource extrême, à ceux qui ne peuvent se pourvoir ou se garantir par aucune autre action (f. 1 pr., p. 1, 4; f. 9, p. 5; ff. 10, 11, *Dig.*, 4-3).

L'action *quod metûs causâ* n'est pas infamante. En revanche, elle tend au quadruple, et les Institutes la qualifient justement de mixte (f. 14, p. 1, *Dig.*, 4-2; *Inst.*, p. 18, *hic*).

Quelle est l'unité qui fera l'objet de la condamnation dans l'action *de dolo*, et qui sera quadruplée dans l'action *quod metûs*, faute

par le défendeur de restituer ? La restitution s'entend de diverses manières. Restituer, lorsqu'il s'agit d'une aliénation de choses corporelles, c'est retransférer la propriété au demandeur avec tous les produits qu'il aurait pu en retirer ; c'est aussi garantir que la chose n'a pas été détériorée par le dol du défendeur ; en un mot, c'est rendre *rem cum omni causâ* et donner la caution *de dolo*. Lorsqu'il s'agit d'une obligation contractée, c'est indemniser le demandeur, soit en lui remettant la dette, soit de toute autre façon. Lorsqu'il s'agit d'une libération obtenue, c'est payer ou s'obliger de nouveau, en remplaçant par des sûretés équivalentes les garanties de la première obligation. Restituer en général, c'est donc réparer le préjudice causé par le dol ou la violence. Voilà l'unité qui est accordée *in simplum* dans l'action *de dolo*, *in quadruplum* dans l'action *quod metûs*, si le défendeur n'obéit pas à l'*arbitrium* du juge (f. 9, p. 5, 7 ; ff. 10, 11, 12 ; f. 14, p. 6, *Dig.*, 4-2).

Des personnes qui peuvent les intenter. — Les deux actions passent aux héritiers et autres successeurs universels de la victime du dol ou de la violence ; car on sait que toute action, même exclusivement pénale, est transmissible au point de vue actif ((*Inst.*, IV, t. XII, p. 1).

Des personnes qui en sont passibles. — Mais à l'égard des personnes qui en sont passibles, il s'élève entre les deux actions une autre différence remarquable. 1° L'action *de dolo* se donne seulement contre l'auteur du dol, non contre les tiers ; ainsi, quand Primus devient de bonne foi créancier de Secundus par l'effet du dol de Tertius, Secundus ne peut exercer l'action qu'à l'encontre de Tertius. Contre les héritiers de l'auteur du dol, elle est non infamante et ne s'intente que jusqu'à concurrence de leur enrichissement.

2° Au contraire, l'action *quod metûs* est donnée contre l'auteur de la violence, et contre toute personne qui en a profité, même innocente. Par exemple, un créancier fait acceptilation au fidéjusseur, sous la pression de ses menaces ; le débiteur principal est libéré du même coup ; mais le créancier est libre de poursuivre à son choix par l'action *quod metûs* le fidéjusseur ou le débiteur principal. Il ne faut pas s'étonner que le tiers étranger à la violence encoure ainsi une condamnation au quadruple ; car ne cesse-t-il pas d'être irréprochable et ne devient-il pas en quelque sorte complice de la *vis*, du moment qu'il méprise l'*arbitrium* du juge et veut profiter de l'acte illicite d'autrui ? A raison de cette généralité, la formule de

l'action *quod metûs* ne portait pas dans l'*intentio* le nom du défendeur; elle était rédigée en termes impersonnels. De là vient que les textes, sans méconnaître sa nature d'action de créance, l'appellent *in rem scripta.*

Cette différence entre l'action *de dolo* et l'action *quod metûs*, Ulpien la justifie par la raison que *metus in se habet ignorantiam.* Ces paroles concises signifient sans doute que la victime, dans le trouble de la violence et de la crainte, peut en ignorer l'auteur, et qu'il faut dès lors lui reconnaître la faculté de réclamer son bien entre quelques mains qu'il se trouve (f. 15, p. 3, *Dig.*, 4-3 ; f. 9, p. 8 ; f. 14, p. 3, *Dig.*, 4-2).

Ces deux actions perdent leurs conséquences rigoureuses après l'année. L'action de dol est restreinte alors contre l'auteur du dol aux conséquences qu'elle aurait contre ses héritiers; en d'autres termes, elle n'entraîne plus infamie, se réduit à la mesure de l'enrichissement, et devient à proprement dire *in factum.* L'action *quod metûs* n'est plus accordée qu'au simple et *causâ cognitâ*, c'est-à-dire en l'absence de tout autre moyen de recours. Ainsi atténuées, ces deux actions sont désormais perpétuelles.

667 *ter*. **Exceptiones doli mali et quod metûs; restitutiones in integrum.** — Outre les deux actions précédentes, le dol et la violence ouvrent d'autres voies de droit.

Exceptiones. — Car l'emploi des actions suppose une *res perfecta*, c'est-à-dire un dommage consommé. Or, il peut arriver que la *res* soit *imperfecta*, par exemple que l'obligation contractée sous l'empire du dol ou de la violence n'ait pas encore reçu son exécution, que la vente extorquée ou imposée n'ait pas encore été suivie de tradition, etc. Dans ces hypothèses, si le créancier veut se prévaloir du strict droit civil, sa poursuite sera repoussée par l'exception *quod metûs* ou *doli mali* (f. 9, p. 3, *Dig.*, 4-2; f. 2, *Dig.*, 4-3).

Ces exceptions se donnent pour les mêmes causes que les actions de même nom, et la même différence capitale les sépare. Le préteur, s'il accorde l'exception *doli mali*, en subordonne l'effet à la preuve d'un dol du demandeur. Au contraire, par l'exception *quod metûs*, il charge le juge de vérifier s'il y a eu violence, quel qu'en soit l'auteur. La première est donc *in personam*, la seconde est *in rem* (*Gaius*, IV, 119.

Du reste, quand le défendeur peut établir que le demandeur est en fait l'auteur de la violence, l'exception *doli* remplace sans in-

convénients l'exception *quod metûs*. Car violence implique dol (*Inst.*, IV, t. XIII, p. 1).

Restitutiones. — Il est enfin des cas où ni l'action ni l'exception ne suffisent à désintéresser la victime de la violence ou du dol. On recourt alors à la ressource extrême des *restitutiones in integrum*, dont la théorie viendra plus loin.

SECTION DEUXIEME

DES ACTIONS DE DROIT STRICT ET DE BONNE FOI (*Inst.*, p. 28, 29, 30, *hic*).

668. Les actions de droit strict et de bonne foi ne sont qu'une subdivision des actions personnelles et civiles (*in personam* et *conceptæ in jus*). Sont donc exclues de cette distinction :

1° Les actions *in rem* (f. 5 pr. et p. 4, *Dig.*, 12-3) ;

2° Les actions *in factum*, issues de la juridiction prétorienne. Mais l'esprit général des magistrats et les exemples fournis par les textes autorisent à penser que les actions *in factum* étaient presque toujours traitées comme des actions de bonne foi, et que le juge y statuait *ex æquo et bono*, malgré l'absence de ces mots dans la formule. Cependant il y en avait dont la formule précisait à l'avance le chiffre de la condamnation ; telles étaient les *actiones pœnales* du préteur. On vient aussi d'en étudier deux qui sont arbitraires, *quod metûs* et *de dolo* (*Gaïus*, IV, 47) ;

3° Les *cognitiones extrà ordinem ;* le magistrat les jugeait en personne, et ne pouvait se lier lui-même par une formule.

Maintenant faut-il de plus, parmi les *actiones in personam* et *in jus*, éliminer celles qu'engendrent les délits, et restreindre finalement notre subdivision aux actions personnelles et civiles qui proviennent *ex contractu* ou *quasi ex contractu ?* C'est là une controverse encore pendante, et nous devrons bientôt y prendre parti (*infrà*, n° 670).

Ce qu'il y a d'incontestable, c'est que les efforts constants des jurisconsultes et des préteurs tendirent à fondre toutes les actions dans ces deux classes, en faisant prédominer de plus en plus le caractère de bonne foi. Cette tendance est allée jusqu'à transformer les *judicia stricti juris* en *judicia bonæ fidei* par la simple addition du mot *rectè* dans le contrat verbal de droit strict : *rectè enim verbum pro viri boni arbitrio est.* Justinien proclame enfin le principe

que l'équité doit l'emporter sur la *ratio juris* (f. 73, *Dig.*, 50-16; C. 8, *Cod.*, 3-1).

§ I

Intérêt pratique de cette subdivision.

669. Les différences sont nombreuses et graves entre ces deux catégories d'actions.

Différences de forme. — La formule de l'action *stricti juris* ne contient aucune expression de nature à conférer au juge des pouvoirs particuliers. La formule de l'action *bonæ fidei* renferme, au contraire, des mots qui le chargent de statuer d'après l'équité, par exemple, *ex fide bonâ*, *ex æquo et bono*, *æquiùs meliùs*, etc. Il prend alors le nom spécial d'*arbiter*.

Différences au fond. — 1° Comme on le sait aussi, le débiteur tenu d'une action de bonne foi répond même de sa faute *in omittendo;* au contraire, le débiteur tenu d'une action de droit strict peut ne répondre que de sa faute *in committendo* (*suprà*, n°s 405, 406).

2° On connaît déjà les effets divers des pactes adjoints, soit *in continenti*, soit *ex intervallo*, aux contrats de droit strict ou de bonne foi (*suprà*, n°s 389, 390).

3° Dans les actions de bonne foi, non dans les autres, le juge prend en considération le simple intérêt d'affection (f. 54, *Dig.*, 17-1).

4° Le juge d'une action de droit strict ne peut dépasser la lettre du contrat, sous peine de *litem suam facere*. Le juge d'une action de bonne foi a la faculté, en dehors des conventions formellement exprimées, de suppléer *ea quæ sunt moris et consuetudinis* (f. 31, p. 20, *Dig.*, 21-1).

5° Par un corollaire de l'idée précédente, le juge d'un *judicium bonæ fidei* reste maître d'accorder au demandeur plus qu'il n'est compris dans sa demande, c'est-à-dire les fruits et intérêts; on alla jusqu'à décider, en thèse générale, que les intérêts d'une dette de bonne foi seraient dus à compter de la mise en demeure, même avant la poursuite, *non tam ex obligatione quam ex officio judicis ;* ce sont les intérêts qualifiés de moratoires. Dans un *judicium stricti juris*, le créancier n'a droit à ces accessoires qu'à partir de la *litis contestatio* (f. 34, *Dig.*, 19-2; f. 35; f. 38, p. 2, *Dig.*, 22-1).

6° L'exception *doli mali* est sous-entendue dans les *judicia bonæ fidei ;* car le dol choque directement la bonne foi. Aussi le juge, en vertu de sa mission générale et sans autre mission spéciale du

préteur, doit-il tenir compte du préjudice causé par l'un des plaideurs à l'autre. La fraude positive ou négative, une réticence contraire à l'équité, un silence deshonnête peuvent entrer, suivant les cas, dans l'appréciation du juge et motiver l'augmentation ou l'adoucissement de la condamnation. Aucune convention des parties ne saurait enlever au juge ce pouvoir d'atteindre le dol sous toutes ses formes. En conséquence, toutes les exceptions fondées sur l'équité, comme l'*exceptio doli*, se trouvent également sous-entendues dans les actions de bonne foi (f. 21, *Dig.*, 24-3).

Dans les *judicia stricti juris*, il en était autrement ; le juge n'avait pas à se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi des parties, s'il n'en recevait la mission spéciale du préteur, au moyen de l'exception de dol, ou de toute autre analogue, formellement exprimée dans la formule (f. 7, p. 3, *Dig.*, 4-3).

7° L'un des caractères de l'équité, c'est la réciprocité. De là vient pour le juge d'une action de bonne foi le pouvoir de compensation, qui fera l'objet d'une exposition séparée (*Inst.*, p. 30, *hìc*).

§ II

Des actions de droit strict en particulier.

670. L'action de droit strict, en l'absence de l'exception de dol ou de toute autre équivalente, impose au juge le devoir, si l'*intentio* est fondée *jure civili*, de condamner le défendeur à payer la somme fixée dans cette *intentio* ou l'estimation exacte du litige, sans avoir souci de considérations étrangères à la pure loi civile.

Quelles sont-elles? — Dans la sphère des actions personnelles et civiles, les *judicia stricti juris* formaient sans doute la règle générale. Car les textes, en parlant des actions de bonne foi, procèdent toujours par énumération.

Sont de droit strict : 1° les actions qui appartenaient, sous le système des *legis actiones*, au domaine de la *condictio ;* ce sont celles qui ont pour objet la poursuite d'une obligation civile et unilatérale de transférer en propriété une somme d'argent ou toute autre chose déterminée (*dare certam pecuniam* ou *certam rem*) ; la formule en est *certa ;* 2° parmi les actions dérivées de l'ancienne *judicis postulatio*, celles qui ont pour objet la poursuite d'une obligation civile et unilatérale de transférer la propriété d'une chose indéter-

minée ou d'accomplir un fait (*dare vel facere aliquid incertum*) ; la formule en est *incerta* (*suprà*, nos 586, 587).

670 *bis*. *Controverse*. — L'action de droit strict a donc pour trait inévitable et saillant de sanctionner une obligation civile et unilatérale. Or, les obligations de cette espèce naissent le plus souvent de certains contrats et quasi-contrats, qui sont le *mutuum*, la *stipulatio* et l'*expensilatio*, ou de certains délits, qui sont le *furtum*, le *damnum legis Aquiliæ* et l'*injuria*. Dans l'opinion de plusieurs auteurs, toutes les actions issues de ces événements juridiques seraient de droit strict. Il faut reconnaître que cette doctrine a la vraisemblance pour elle ; car les rigueurs de la procédure *stricti juris* paraissent naturellement applicables aux faits délictueux.

D'autres interprètes pensent que les actions de droit strict dérivent toujours *ex contractu* ou *quasi ex contractu*, ce qui revient à les confondre avec les *condictiones*. L'intérêt pratique de cette controverse est d'ailleurs imperceptible ; car il reste certain que les actions *furti* et *legis Aquiliæ* étaient jugées comme actions de droit strict, et que les *condictiones* formaient la branche principale de cette espèce de *judicia*.

671. *Des* condictiones *en particulier*. — Quant à la *condictio*, comme le dit Cicéron, elle découle en principe de l'un des trois actes suivants, *stipulatio*, *expensilatio*, *datio*. Il n'y a rien à dire des deux premiers, qui nous sont assez connus. La *datio* est un terme plus large, qui comprend le *mutuum*, la *solutio indebiti*, les hypothèses où la translation d'un droit manque de cause, et les cas où la *condictio* tient lieu de la revendication, parce que l'objet de cette dernière a péri, et que la valeur en doit néanmoins être rendue ; telles sont les *condictiones sinè causâ*, *ob rem dati*, *furtiva*, *ob turpem causam*, etc. Reste seule en dehors de la règle la *condictio ex lege*, dont on a rencontré plusieurs applications dans la législation impériale, et qui ne suppose pas une *res stipulata*, *expensilata* ni *data ;* mais on peut l'expliquer par le désir qu'eurent les empereurs d'attacher à de nouveaux rapports obligatoires les effets d'une action ancienne et classique.

Les *condictiones* se distinguent en trois classes : 1° la *condictio certi*, qui se décompose en *condictio certæ pecuniæ* et *condictio de aliâ certâ re ;* ce sont les plus antiques ; elles rendent possible la *pluspetitio* (*infrà*, n° 697 *bis*) ; 2° la *condictio incerti*. La différence vient entre elles de la rédaction de l'*intentio*, qui porte une valeur déter-

minée dans les deux premières, indéterminée dans la troisième.

D'autres fois la *condictio certæ pecuniæ* s'oppose seule à la *condictio de aliâ certâ re* et à la *condictio incerti*, qui se confondent alors sous la dénomination de *condictio triticaria*. C'est que la *condictio* d'une somme d'argent fut organisée tout d'abord (*suprà*, n° 587); on l'étendit ensuite à d'autres choses fongibles, par exemple aux dettes de froment (*triticum*). Une fois le nom de *condictio triticaria* admis à l'occasion d'une *condictio* nouvelle, on finit par l'usiter aussi pour toutes les *condictiones* postérieures, même *incerti* (f. 1, *Dig.*, 13-3).

§ III

Des actions de bonne foi.

672. L'action est de bonne foi, quand le juge y peut statuer d'après l'équité, en tenant compte des réclamations connexes du défendeur.

Sont de bonne foi celles des actions attribuées au domaine de la vieille *judicis postulatio* qui ne sont pas devenues *stricti juris*. Elles ont pour objet la poursuite d'obligations civiles, synallagmatiques au moins imparfaites, et nécessairement indéterminées. La formule en est *incerta*, tout au moins dans l'immense majorité des cas. On sait qu'elle se caractérise par l'adjonction de certains mots techniques (*suprà*, n° 669). Ces actions sont dues sans aucun doute à l'envahissement progressif du droit des gens sur le droit pur de Rome.

Les textes procèdent ici par énumération. Il nous est parvenu trois listes des actions de bonne foi; la première est de Cicéron, la deuxième de Gaïus, la troisième et la plus complète de Justinien. En laissant de côté l'action *fiduciæ*, qui n'existe plus au temps des Institutes, les *judicia bonæ fidei* sont les actions *tutelæ*, *pro socio*, *mandati*, *empti venditi*, *locati conducti*, *depositi*, *commodati*, *negotiorum gestorum*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *pigneratitia*, *præscriptis verbis*, *rei uxoriæ* (*Inst.*, p. 28, *hic*) (1).

Toutes ces actions, excepté *rei uxoriæ*, nous sont déjà connues; la source et les effets en ont été suffisamment expliqués à propos des contrats ou quasi-contrats qui leur donnent naissance.

(1) Justinien mentionne parmi les *judicia bonæ fidei* la pétition d'hérédité, qui est une action réelle. Cette erreur de rédaction a été déjà relevée (*suprà*, n° 620).

673. On a bien essayé de contester à l'action *præscriptis verbis* la plupart de ses caractères principaux. Mais si l'on approfondit la nature des contrats innommés qui la produisent, aucun doute ne peut subsister ; elle est éminemment contractuelle, *directa*, personnelle, civile, *persecutoria rei, in simplum*, perpétuelle et de bonne foi. Cette dernière qualité résulte notamment de l'essence synallagmatique des contrats innommés, et de plusieurs textes péremptoires (f. 2, p. 2, *Dig.*, 43-26 ; *Paul*, V, t. VI, p. 10 ; *suprà*, n° 394).

L'action *rei uxoriæ*, la seule dont il n'ait pas encore été question, nous amène à la théorie célèbre de la dot.

CHAPITRE XXII

DE LA DOT ET DES ACTIONS QUI S'Y RATTACHENT.

On appelle *dot* les valeurs que la femme ou des tiers fournissent au mari, pour l'aider à supporter les charges du mariage, qui pèsent légalement sur sa tête. La dot devient la propriété du mari ; à ce titre, elle s'oppose aux autres biens dont la femme reste propriétaire, et qu'on appelle tantôt *peculium*, tantôt παράφερνα (f. 9, p. 3, *Dig.*, 23-3).

§ I

Constitution de la dot.

674. Dans le droit classique, la dot se constitue de trois manières (*dos datur, aut dicitur, aut promittitur*) : 1° par la dation ou transport de propriété sans obligation préalable ; 2° par la *promissio dotis*, une des innombrables applications de la stipulation ; 3° par la *dictio dotis*, forme ancienne et toute spéciale du contrat verbal (*Ulpien*, VI, p. 1 ; *suprà*, n° 319).

Sous Théodose et Valentinien, le simple pacte de constitution de dot devient obligatoire. La *dictio dotis* tombe dès lors en désuétude, et la dot s'établit, dans le dernier état du droit, par dation, promesse ou simple pacte (C. 6, *Cod.*, 5-11).

La constitution de dot peut précéder ou suivre le mariage. Il découle de là que l'augmentation en est également possible *durante*

matrimonio, mais non la diminution; car diminuer la dot serait la restituer en partie, et toute restitution de la dot suppose le mariage dissous (*Paul*, II, 21[b], p. 1 ; C. 1, *Cod.*, 5-19).

Quand la constitution de dot précède les *nuptiæ*, la dot n'existe qu'à partir du mariage; en d'autres termes, il n'y a pas lieu de lui appliquer jusqu'alors les règles spéciales de la dotalité. Si le mariage vient à manquer, on devra faire une distinction. Tantôt l'acte destiné à constituer la dot aura été soumis à la condition expresse ou tacite *si nuptiæ sequantur;* dans ce cas la condition suspensive se trouve défaillie, et le futur n'aura rien acquis. Tantôt l'acte aura été pur et simple et aura produit son effet normal; dans ce cas la condition résolutoire se trouve accomplie, et contre le futur investi d'un droit sans cause, le constituant exercera, non pas l'action *rei uxoriæ*, qui implique une dot, mais la *condictio sinè causâ*. La condition suspensive est présumée dans la constitution de dot par voie d'obligation, *promissio*, *dictio* et pacte; au contraire la dation, et sans doute aussi l'acceptilation, sont réputées pures et simples (f. 3; f. 7, p. 3; f. 8; f. 21; f. 43, *Dig.*, 23-3).

Comme une donation proprement dite, la dot peut consister en avantages de toute nature.

§ II

Situation respective des époux à l'égard de la dot pendant le mariage.

675. La situation des époux se caractérise par deux mots. Le mari est propriétaire de la dot; contre les débiteurs de créances dotales, il dispose d'actions utiles. Quant à la femme, elle n'est que créancière de la dot (1).

L'obligation de restituer, qui pèse sur le mari, constitue suivant les circonstances une dette de genre ou de corps certains. Elle est de genre : 1° lorsque la dot consiste en argent ou se compose de

(1) C'était autrefois une opinion très-répandue, que la femme reste propriétaire de la dot pendant le mariage, et que le mari n'en est que l'usufruitier. Cette doctrine repose sur un certain nombre de textes qui disent en termes généraux que la dot est à la femme, et sur une constitution de Justinien qui parle expressément d'une propriété naturelle de la femme. Mais ces expressions font simplement allusion au droit qui naît pour elle, ou ses héritiers de la dissolution du mariage. Telle est l'opinion à peu près unanime des interprètes modernes.

choses *quæ primo usu consumuntur*, par exemple, de denrées; le mari n'est alors obligé, comme un emprunteur dans le *mutuum* ou comme un quasi-usufruitier, qu'à rendre une égale quantité d'objets de même nature et de même qualité; 2° lorsque les choses qui ont été apportées en dot, corps certains ou *genera*, ont été estimées; la règle générale est alors qu'estimation vaut vente, *æstimatio facit venditionem*, et l'on traite le mari comme un acheteur; il n'est donc redevable que du prix d'estimation (f. 10, p. 4; f. 42, *Dig.*, 23-3) (1).

676. **Différences entre la *dos æstimata* et la *dos non æstimata*.** — L'estimation produit plusieurs conséquences graves.

1° L'usucapion de la chose dotale s'opère, quand il y a lieu, au titre *pro dote* en l'absence d'estimation, au titre *pro emptore* dans le cas contraire. Or, on se souvient de la règle spécialement applicable à cette dernière *causâ usucapiendi* (*suprà*, n° 186).

2° L'estimation autorise le mari, lorsqu'il est évincé, à recourir en garantie contre le constituant par l'action *empti*, comme tout acheteur. En l'absence d'estimation, on distingue deux hypothèses. La dot a-t-elle été constituée par *dictio* ou *promissio*, le recours en garantie est possible, parce que l'éviction laisse subsister une obligation inaccomplie. La dot a-t-elle été constituée par *datio*, l'éviction démontre qu'en réalité rien n'a été acquis au mari; mais comme il n'y a ici ni contrat ni obligation, le recours en garantie lui est fermé. Il n'aurait que la ressource générale de l'action de dol, si la mauvaise foi du constituant lui occasionnait un dommage (*Fr. Vat.*, 105; C. 1, *Cod.*, 5-12).

3° L'estimation investit le mari du droit à toutes les plus-values fortuites, à tous les produits ordinaires ou même extraordinaires de la chose, par exemple, aux hérédités ou legs que recueille l'esclave dotal. D'un autre côté, il supporte tous les risques de perte totale ou partielle.

Au contraire, en l'absence d'estimation, les choses dotales s'améliorent ou se dégradent pour la femme, et le mari ne répond que de son dol ou de sa faute. Il ne peut retenir que les fruits proprement dits, et le bénéfice en est limité à la période du mariage (*Fr. Vat.*, 101; *Paul*, II, t. XXII, p. 1).

Le mari, tout propriétaire qu'il est, n'a donc sur la dot non es-

(1) L'estimation est un exemple intéressant des conventions ou clauses qui pouvaient accompagner la constitution de dot, et qu'on appelait *pacta dotalia*.

timée qu'un droit fort analogue à l'usufruitier. Il diffère néanmoins de l'usufruitier à quelques points de vue : 1° les fruits lui sont acquis par la simple séparation, en sa qualité de propriétaire; 2° sa jouissance est proportionnelle à la durée des charges du mariage ; autrement dit, il acquiert jour par jour, non-seulement les fruits civils, mais encore les fruits naturels; 3° les fruits ne s'entendent ici que déduction faite des frais (f. 7 pr., p., 1, *Dig.*, 24-3).

677. *De l'inaliénabilité du fonds dotal.* — 4° Le mari jouit sur les biens estimés d'un droit de disposition plein et entier; il ne doit jamais compte de la façon dont il l'a exercé.

A l'égard des biens non estimés, la règle est pareille pour les meubles, mais fort différente pour les immeubles. Car on rencontre ici le célèbre principe de l'inaliénabilité du fonds dotal (*Inst.*, II, t. VIII pr.).

Une loi *Julia de fundo dotali*, rendue sous Auguste, défendait au mari d'aliéner, sans le consentement de la femme, l'immeuble constitué en dot. S'il fallait en croire Justinien, la même loi aurait contenu deux autres chefs, le second pour défendre au mari d'hypothéquer même avec le consentement de la femme, le troisième pour déclarer ces prohibitions inapplicables aux provinces. Mais d'après le témoignage de Gaïus, l'applicabilité de cette loi aux fonds provinciaux faisait l'objet d'une controverse dans le droit de son temps ; la loi ne s'était donc pas expliquée sur ce point. Cette erreur incontestable de Justinien le rend suspect d'en commettre une autre. Car il n'est pas certain que l'hypothèque fût connue et pratiquée dans l'Italie à l'époque de la loi Julia (*suprà*, n° 631); en conséquence, on ne peut affirmer qu'elle l'ait interdite dans notre matière, et les jurisconsultes classiques ne mentionnent jamais cette interdiction (*Gaïus*, II, 63; *Paul*, II, 21^b, 2).

Si l'on convient que l'impossibilité d'hypothéquer le fonds dotal, même du gré de la femme, ne dérive pas de la loi Julia, il faut la rattacher, soit aux édits que rendirent Auguste et Claude à l'effet de proscrire toute obligation des femmes pour leurs maris, soit au sénatus-consulte Velléien qui leur défendit, mariées ou non, de faire une *intercessio* dans l'intérêt d'autrui. Ainsi comprise, la prohibition n'empêcherait pas la femme de consentir valablement à l'hypothèque constituée sur le fonds dotal en garantie de sa propre dette. Cette dernière faculté est inadmissible dans le système qui fait remonter la prohibition à la loi Julia ; ses partisans expliquent

la défense par l'idée que la femme, antipathique à toute aliénation immédiate et proprement dite du fonds dotal, ne se rendrait pas aussi bien compte des dangers plus lointains de l'hypothèque, et la permettrait trop aisément.

Il est d'ailleurs hors de doute que les trois propositions des Institutes expriment exactement la doctrine en vigueur au temps de Justinien.

678. L'inaliénabilité du fonds dotal dure autant que le danger dont elle est le remède, c'est-à-dire que la propriété du mari. Elle prend donc naissance au jour de la constitution de dot, et ne cesse qu'au jour de la restitution (f. 4, 12 pr., *Dig.*, 23-5).

Elle ne proscrit pas seulement les aliénations volontaires ou totales, mais encore les aliénations indirectes par voie d'usucapion ou de *præscriptio longi temporis*, et les aliénations partielles au moyen d'une constitution ou d'une extinction de servitude (f. 5; 6; 16, *Dig.*, 23-5).

Par exception, la loi Julia ne fait pas obstacle : 1° aux aliénations *per universitatem* qui englobent, en même temps que le fonds dotal, le patrimoine tout entier du mari, à la suite de sa mort, de son adrogation, de sa chute en esclavage, de sa déportation; mais le fonds passe alors tel quel au successeur universel, avec sa qualité d'inaliénable; 2° aux aliénations forcées, comme le partage demandé, non par le mari, mais contre le mari par le copropriétaire du fonds dotal, etc. (f. 1, p. 1; f. 2, *Dig.*, 23-5; C. 2, *Cod.*, 5-23).

§ III

Causes de restitution de la dot.

679. En principe, la dot n'est pas restituable pendant le mariage, parce qu'elle doit en supporter les charges; le droit à la restitution ne peut s'ouvrir pour la femme qu'après la rupture de l'union matrimoniale. Or le mariage se dissout principalement par la mort de l'un des conjoints ou par le divorce. L'influence de ces événements sur la dette du mari n'est pas invariable.

Règles générales. — Est profectice (*profectitia*) la dot constituée par le père à sa fille même émancipée (1). Cette dot se restitue dans les trois cas de dissolution du mariage, pourvu qu'en supposant la

(1) Dans la doctrine primitive et pure, la *dos profectitia* n'émanait que du *paterfamilias*.

femme prédécédée, son père vive encore (*Ulpien*, VI, 2, 3, 4, 5, 7 ; f. 5, p. 11 et 12, *Dig.*, 23-3).

Est adventice (*adventitia*) la dot constituée par toute autre personne que le père, c'est-à-dire par la femme elle-même ou par un tiers. Cette dot n'est restituable sans rémission qu'après le prédécès du mari. Dans l'hypothèse du divorce, le mari se trouve dispensé de la restituer, si la femme vient à mourir sans l'avoir mis en demeure. Enfin, quand le mariage est dissous par le prédécès de la femme, le mari garde la dot, à moins que le constituant n'en ait expressément stipulé la restitution ; dans cette circonstance spéciale, la dot s'appelle *receptitia*. Le même résultat, au moins dans le dernier état du droit classique, pouvait provenir d'un pacte (*de reddendâ dote*) adjoint à la constitution (*Ulpien*, VI, p. 5 ; C. 1, *Cod.*, 5-14).

Ces décisions sont faciles à justifier. Quand la femme survit à la dissolution du mariage, l'intérêt public s'accorde avec son intérêt personnel pour lui permettre le recouvrement de sa dot. Car l'esprit de la législation impériale est de favoriser les secondes noces. De là le célèbre axiome : *reipublicæ interest mulieres salvas dotes habere, propter quas nubere possunt* (f. 2, *Dig.*, 23-3).

Le prédécès de la femme coupe court à ces considérations, et laisse la dot au mari. Cependant, si c'est du père qu'elle émane, on ne suppose pas que le constituant ait voulu gratifier l'époux à ses dépens ; car, en dotant sa fille, il n'a fait qu'exécuter une obligation légale (1) ; c'est là le vrai motif de la restitution de la dot profectice. Au contraire, quand la dot est adventice, le constituant n'a pas agi sous le poids d'une dette, mais dans une intention de libéralité ; on présume donc une dispense de restitution, s'il ne renverse cette présomption en stipulant que la dot sera *receptitia* (f. 19, *Dig.*, 23-2 ; f. 6, *Dig.*, 23-3).

Exceptions. — Il y a des cas exceptionnels où la dot est restituable durant le mariage :

1° La femme peut l'exiger, lorsque le mari devient insolvable (*vergit ad inopiam*) ; il est probable qu'à l'égard de la *dos receptitia*, elle n'exerce qu'une réclamation *utilis* et provisoire ;

2° Le mari est maître de faire une restitution anticipée, pour payer les dettes de sa femme, pour lui procurer le moyen d'acheter un fonds productif, pour la racheter de captivité, etc.

(1) Cette obligation légale n'existe pas chez nous.

§ IV

Actions ouvertes pour la restitution de la dot.

Lorsqu'après le mariage la femme a un droit acquis à la restitution de la dot, diverses actions lui sont ouvertes.

680. **Contre les tiers.** — Dès cet instant, l'aliénation de l'immeuble dotal, faite par le mari seul, est frappée de nullité. Pendant la durée du mariage, on pouvait se demander si le mari avait la faculté de revendiquer cet immeuble; c'est là une question non résolue par les textes, et qu'il convient de trancher négativement; car la nullité de l'aliénation reste subordonnée à l'intérêt de la femme, et cet intérêt ne devient certain que par le divorce ou le prédécès du mari. Mais, une fois le mariage dissous de l'une de ces deux façons, le mari ou son héritier se trouve investi de la revendication en sa qualité de propriétaire. C'est pourtant la femme qui en doit profiter; aussi est-elle maîtresse d'en exiger la cession, et sans doute même de la tenir pour sous-entendue et d'intenter une revendication utile.

681. **Contre le mari; actions rei uxoriæ, ex stipulatu.** — Écartons l'action *præscriptis verbis* et la *condictio ob rem dati* qui résultent de la *dos receptitia*, lorsqu'un pacte de restitution (*de reddendâ dote*) s'est trouvé adjoint à la constitution de dot. Ce moyen ne date que de la fin du droit classique, et comme il dérive d'un véritable contrat innommé, le caractère et les effets nous en sont déjà connus.

Deux actions principales sont accordées pour la réclamation de la dot : 1° l'action *rei uxoriæ;* c'est l'action générale, indépendante de toute promesse de restituer, et qui tend à la reprise de la dot constituée d'une manière quelconque; 2° l'action *ex stipulatu;* c'est une action contractuelle, plus avantageuse que la précédente, et qu'exerce la femme ou le constituant qui a stipulé formellement du mari la restitution de la dot.

Règles communes aux deux actions. — 1° En principe, le mari seul est passible de l'action *rei uxoriæ* ou de l'action *ex stipulatu*, qu'il ait touché la dot lui-même ou par un tiers. Si le mari est un fils de famille, c'est contre son père que la poursuite a lieu; mais on la restreint *de peculio* ou *de in rem verso*, dans l'hypothèse où le mari a touché la dot sans l'ordre de son père (f. 22, p. 12, *Dig.*, 24-3).

2° La femme *sui juris*, le fût-elle devenue depuis la constitution de

dot, est admise à réclamer sa dot, soit par l'action *rei uxoriæ*, soit par l'action *ex stipulatu*, quand elle a pris part en personne à la stipulation. La femme *filiafamiliâs* elle-même jouit d'une faveur intéressante : bien que l'action en restitution appartienne à son père, il ne peut l'exercer ni toucher ces valeurs dotales qu'avec le concours de sa fille, *adjectâ filiæ personâ*. C'est une dérogation remarquable aux règles de la puissance paternelle ; on l'explique par cette idée que la femme est ici la principale intéressée ; car la restitution de la dot a pour utilité capitale, dans les idées romaines, de lui faciliter un nouveau mariage (*Ulpien*, VI, 6).

Différences entre les deux actions. — Les différences sont nombreuses entre l'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu*.

1° La première est de bonne foi, la seconde est de droit strict. Il faut donc leur appliquer les divers intérêts déjà signalés de cette distinction (*suprà*, n° 669). On remarque même que la formule de l'action *rei uxoriæ* est la seule qui porte les mots *æquiùs meliùs*, au lieu des mots *ex fide bonâ ;* le juge y devait donner satisfaction à l'équité plus scrupuleusement encore que dans les autres actions de bonne foi (f. 6, p. 2, *Dig.*, 23-3).

2° L'action *ex stipulatu* passe toujours, puisqu'elle est contractuelle, aux héritiers de la femme qui a stipulé la restitution. Au contraire, ils ne succèdent pas à l'action *rei uxoriæ*, quand la femme prédécède *in matrimonio*, ou meurt après la dissolution du mariage sans avoir mis en demeure le mari divorcé ou l'héritier du mari. Il paraît d'ailleurs que toute personne était libre de faire cette mise en demeure, au nom de la femme (*Ulpien*, VI, 7 ; *Vat. Fr.*, 112).

3° Si le mari prédécédé laissait une disposition de dernière volonté au profit de sa femme, la veuve ne pouvait pas en cumuler le bénéfice avec l'exercice de l'action *rei uxoriæ ;* ainsi le voulait un édit nommé *de alterutro*. Cette option forcée ne s'appliquait pas à l'actio *ex stipulatu* (C. 1, p. 3, *Cod.*, 5-13).

4° Poursuivi par l'action *ex stipulatu*, le mari doit restituer la dot quelconque immédiatement après le mariage. Poursuivi par l'action *rei uxoriæ*, il jouit, pour restituer la dot de choses fongibles, d'un délai de trois années, dont chacune amène l'échéance d'un tiers, *annuâ*, *bimâ*, *trimâ die* (*Ulpien*, VI, 8).

5° Le mari est tenu de rendre toute la dot sur l'action *ex stipulatu*. Au contraire, sur l'action *rei uxoriæ*, il est libre de retenir, pour

diverses causes, diverses portions de la dot. Ce sont les *retentiones propter liberos*, *propter mores*, *propter impensas*, etc. Au sujet de ces dernières, on peut noter que les impenses nécessaires diminuaient *ipso jure* les valeurs pécuniaires de la dot, et faisaient naître, comme les impenses utiles qu'avait acceptées la femme, un droit de rétention sur les autres objets dotaux (*Ulpien*, VI, 9-17; ff. 5, 8, 9, *Dig.*, 25-1).

6° L'action *rei uxoriæ* laisse au mari le bénéfice de compétence, c'est-à-dire le droit de n'être condamné que dans la mesure de ses ressources, *in quantùm facere potest* (*Inst.*, p. 38, *hic; infrà*, n° 710).

682. **Innovations de Justinien.** — L'action *rei uxoriæ* et l'action *ex stipulatu* sont fondues ensemble par Justinien, qui supprime la première et ne maintient que la seconde. Quels que soient le mode de dissolution du mariage et l'origine de la dot, la femme et ses héritiers peuvent toujours la redemander par une action *ex stipulatu*. En d'autres termes, la promesse de restitution est dorénavant sous-entendue entre les époux (C. 1, *Cod.*, 5-13) (1).

L'Empereur, tout en conservant à l'action *ex stipulatu* la plupart de ses effets énergiques, lui transporte certains caractères de l'action *rei uxoriæ* qu'elle détrône; c'est ce qui explique, sans la justifier, la place que le texte incorrect des Institutes lui attribue parmi les *judicia bonæ fidei*. Ainsi la caution *de dolo* est désormais virtuelle comme la promesse elle-même. Le mari garde le droit au bénéfice de compétence. Pour faire la restitution, il jouit d'un délai moins raisonnable que le délai classique de l'action *rei uxoriæ*; car, au lieu de distinguer entre la dot de corps certains et la dot de quantité, Justinien veut que les immeubles soient restituables immédiatement, et les meubles après l'année. A tout autre point de vue, on applique les principes de l'ancienne action *ex stipulatu* (*Inst.*, p. 29, *hic;* C. 19, *Cod.*, 5-13).

Non content de sous-entendre au profit de la femme une promesse de restituer la dot, Justinien sous-entend de même, au profit du mari, une promesse de la payer. Pour assurer le payement au mari et la restitution à la femme, il les investit l'un et l'autre d'une hypothèque légale. Cette décision est de l'année 530 (C. 1, *Cod.*, 5-13).

(1) Cette faveur ne s'étend pas au constituant autre que la femme; il continue à n'avoir l'action *ex stipulatu* ou *prescriptis verbis* qu'en vertu d'une stipulation expresse ou d'un pacte formel.

L'année suivante, Justinien se laissa extorquer par des intrigues de palais une disposition moins heureuse que les précédentes. Il décida que l'hypothèque légale de la femme serait privilégiée ; autrement dit, la femme fut admise à se payer de sa dot sur les biens du mari avant tous autres créanciers, même investis d'hypothèques antérieures au mariage. Cette exorbitante prérogative ne s'attache qu'à la réclamation intentée par la femme elle-même, ou par les enfants du premier lit, au cas de nouveau mariage de leur père (célèbre loi *Assiduis*, C. 12, *Cod.*, 8-18 ; cf. art. 1572 Cod. civ.).

L'hypothèque de la femme ne fait pas double emploi avec le droit que Justinien lui avait déjà reconnu, dès l'année 529, de revendiquer après le mariage les choses apportées en dot, sans distinction entre les meubles et les immeubles, entre les biens estimés et les biens non estimés. Car cette revendication ne s'exerce qu'à l'égard des objets dotaux qui se trouvent encore dans le patrimoine du mari ; elle a pour but, non d'évincer des tiers acquéreurs, mais d'épargner à la femme le concours des créanciers de son conjoint sur les valeurs dotales qui restent aux mains de ce dernier. L'action hypothécaire est donc utile à la femme pour atteindre ce que le mari a valablement aliéné (C. 30, *Cod.*, 5-12).

APPENDICE

DE LA DONATION *PROPTER NUPTIAS*.

683. La dot a un pendant ; c'est la donation *propter nuptias*, organisée en l'année 449 de notre ère.

1° Cette sorte de donation est constituée à la femme, quelquefois par un tiers, le plus souvent par le mari lui-même. Comme la dot, elle est subordonnée à la réalisation du mariage. Mais, à la différence de la dot, on ne put d'abord la créer ni l'augmenter après la célébration du mariage ; aussi l'appelait-on donation *ante nuptias*. Justin permit de l'augmenter, Justinien de la créer pendant le mariage, et ce dernier empereur lui donna dès lors le nom qu'elle a gardé.

2° La donation *propter nuptias* demeure au pouvoir du mari pendant toute la durée du mariage. Après la dissolution, la femme y a droit, dans les mêmes circonstances qui autoriseraient le mari lui-même à retenir la dot. L'insolvabilité du mari donne exceptionnellement à la femme la faculté d'exiger la délivrance immédiate de la donation, comme la restitution hâtive de la dot.

3° La donation *propter nuptias* et la dot sont également déclarées par Justinien inaliénables entre les mains de la femme, jusqu'à la dissolution, lorsqu'elle a pu les réclamer *durante matrimonio*.

4° La donation *propter nuptias* suppose essentiellement l'existence d'une dot; ce n'est là qu'une conséquence des principes précédents (*Inst.*, II, t. VII, p. 3; C. 8, p. 4-5, *Cod.*, 5-17 ; *Cod.*, 29, *Cod.*, 5-12).

CHAPITRE XXIII

CINQUIÈME DIVISION DES ACTIONS, TIRÉE DE LEUR DURÉE.

(*Inst.*, IV, t. XII.)

Pour apprécier la durée des actions sous le système formulaire, il fallait distinguer : 1° l'action organisée par le magistrat, c'est-à-dire l'instance engagée; 2° l'action à mettre en exercice, c'est-à-dire le droit d'agir.

§ I

Instance engagée.

684. Une fois menée jusqu'à la délivrance de la formule, l'action devient un droit acquis, c'est-à-dire perpétuel et transmissible activement ou passivement. Ce double résultat tient aux effets déjà signalés de la *litiscontestatio* (*supra*, n° 599).

Cependant, la loi *Julia judiciaria* voulut mettre un terme à la durée des instances judiciaires. Elle les partagea en deux classes (*Gaïus*, IV, 103-105) :

1° *Judicia legitima;* ce sont les instances engagées à Rome ou dans le premier mille de Rome, entre citoyens, devant l'*unus judex* qui est nécessairement citoyen. Elles doivent être jugées dans les dix-huit mois; passé ce délai, elles expirent;

2° *Judicia imperio continentia.* Ce sont les instances engagées en l'absence de l'une des trois conditions précitées. Elles ne survivent pas aux pouvoirs du magistrat qui en a délivré la formule. Comme les magistratures romaines sont annales pour la plupart, ces instan-

ces durent donc une année au plus, et s'éteignent quelquefois plus tôt.

Cette division embrasse toutes les actions tant prétoriennes que civiles ; ainsi les premières peuvent constituer des *judicia legitima*, et les secondes des *judicia imperio continentia* (*Gaïus*, IV, 109).

Mais elle est difficilement explicable. On a bien dit que les anciens Romains attachaient au sol de Rome et du *milliarum* environnant une sorte d'influence solennelle et sacrée qui se reflétait sur les actes juridiques dont il était le théâtre. Malheureusement cette explication est toute de mots et se borne à déplacer le problème. La distinction des *judicia legitima* et des *judicia imperio continentia*, toute mystérieuse qu'elle est, tient néanmoins une place importante dans la législation classique. Elle a déjà produit une conséquence intéressante à propos de l'*adjudicatio* (*suprà*, n° 653) ; on en retrouvera l'effet dans la théorie de l'exception *rei judicatæ*. Elle soulève enfin une grave question pratique. Supposons une instance éteinte (*judicium exspiravit*), faute d'une sentence rendue dans le délai prescrit. Le défendeur n'a plus à craindre de poursuites ; mais reste-t-il au moins tenu d'une obligation naturelle? L'affirmative a l'équité pour elle, et semble résulter de quelques textes (f. 8, p. 1, *Dig.*, 46-8).

§ II

Droit d'agir.

Pour la durée du droit d'agir, deux périodes sont à discerner.

685. **Législation antérieure au Bas-Empire.** — Les jurisconsultes distinguaient les actions *perpétuelles* et les actions *temporaires*. Les premières avaient une durée illimitée. Les secondes ne duraient ordinairement qu'une année utile ; on ne leur appliquait pas d'ailleurs le même mode de calcul qu'à l'usucapion, et le délai n'expirait que le lendemain du dernier jour (f. 14, p. 2, *Dig.*, 4-2 ; f. 6, *Dig.*, 44-7).

Les actions civiles, c'est-à-dire provenues d'une loi, d'un sénatus-consulte, d'une constitution ou de la coutume, étaient généralement perpétuelles. Les actions prétoriennes étaient le plus souvent annales. Mais il y avait des exceptions dans les deux sens. Ainsi l'action donnée contre les *sponsores* et les *fidepromissores* s'éteignait par deux ans, quoique civile ; à l'inverse, l'action *furti manifesti*, et les actions accordées aux *bonorum possessores* et autres

personnes que le magistrat mettait *heredis loco*, étaient perpétuelles, quoique prétoriennes.

Peut-on établir à cet égard une règle théorique et motivée? Laissons de côté les explications insuffisantes, et même puériles, que les Institutes proposent de la difficulté. On doit reconnaître deux grandes classes d'actions prétoriennes. Les unes sont données conformément au droit civil, pour en imiter les règles ou pour en combler les lacunes; ce sont la plupart des actions persécutoires et quelques actions pénales; elles sont perpétuelles. Les autres sont données contrairement au droit civil; ce sont la plupart des actions pénales et quelques actions rescisoires; elles sont annales. Car, dès l'instant que le préteur voulait en borner la durée, il dut obéir naturellement à cette considération, que l'édit lui-même ne durait qu'un an (*Gaïus*, IV, III; f. 35, *Dig.*, 44-7).

686. **Législation du Bas-Empire; prescription de trente ans.** — Par une célèbre constitution de Théodose le Jeune, rendue en l'année 424 de notre ère, les actions autrefois perpétuelles furent limitées à trente ans (C. 3, *Cod.*, 7-39).

Anastase réduisit à quarante ans certaines actions perpétuelles que n'avait pas atteintes la décision précédente, et qui étaient probablement les actions en réclamation d'état. Justin appliqua spécialement le même délai à l'action hypothécaire, dirigée contre le débiteur (*suprà*, n° 636). Les églises et lieux saints en jouirent aussi pour leurs actions en revendication, prolongées auparavant jusqu'à cent ans (C. 4, 5, 6, 7, *Cod.*, 7-39; *Nov.* 131, c. VI).

En résumé, le Bas-Empire soumit à la prescription extinctive de trente ou quarante ans les actions autrefois perpétuelles. Les motifs de cette innovation mémorable furent le désir de diminuer les procès, le besoin d'assurer la stabilité des droits, et la volonté de punir les créanciers ou propriétaires négligents (C. 2, 3, *Cod.*, 7-40).

Le délai courait, en principe, du jour de la naissance de l'action, et la bonne foi n'était pas exigée de la personne qui prescrivait (C. 1, p. 1, *Cod.*, 7-40; C. 3, p. 1; C. 7, p. 4; C. 8, p. 1, *Cod.*, 7-39).

Suspension, interruption. — Pour ces longues prescriptions, on comptait par jours continus. Il fallut admettre aussi la possibilité d'une suspension ou d'une interruption.

Est suspendue la prescription dont le cours s'arrête momentanément, sans que le temps écoulé soit perdu. Entre autres causes, la suspension résultait de l'impuberté du titulaire de l'action, du

délai imparti à l'héritier pour faire inventaire et délibérer, etc. (C. 1, *Cod. Th.*, 4-14; C. 22, p. 11, *Cod.*, 6-30).

Est interrompue la prescription dont le cours s'arrête définitivement, sans qu'on puisse désormais se prévaloir du temps écoulé. Par exemple, l'interruption résultait : 1° de l'exercice de l'action, et cet effet se produit à partir de la remise du *libellus conventionis;* 2° si le débiteur était absent, d'une protestation adressée à des magistrats déterminés, ou dressée par un *tabularius*, ou signée par trois témoins honorables (C. 2, 3, *Cod.*, 7-40).

Effets de la prescription. — La prescription n'opère pas de plein droit; le défendeur doit l'opposer, et le juge n'est pas admis à la suppléer d'office, tout au moins d'après l'opinion générale. Elle a pour résultat d'anéantir l'action; seulement, dans le cas où l'action était personnelle, on peut soutenir qu'il subsiste une obligation naturelle. Dans le cas où l'action était réelle, le droit réel persiste contre toutes personnes autres que le défendeur qui a prescrit, ou ses successeurs universels et particuliers (C. 8, p. 1, *Cod.*, 7-39).

Comme on le voit, au temps des Institutes, les actions dites perpétuelles ne sont plus que des actions de trente ou quarante ans, inexactement désignées sous leur ancien nom.

CHAPITRE XXIV

DES ACTIONS *ADJECTITIÆ QUALITATIS* ET NOXALES.

(*Inst.*, IV, t. VII, VIII, IX.)

687. Dans la famille romaine, le père profite des acquisitions faites par les esclaves ou les enfants soumis à sa puissance; mais il n'est pas tenu de leurs dettes. Car les personnes *alieni juris* sont pour le *pater* une source d'avantages, non d'appauvrissement. Cependant ce principe reçoit deux restrictions.

Dès les temps les plus reculés, le droit civil lui-même donne contre le chef de famille les actions *noxales*, à raison des obligations nées du délit ou du quasi-délit de l'individu *in potestate*.

Quant aux obligations contractuelles de ce dernier, le progrès fut plus lent à prévaloir. Mais comme l'irresponsabilité du *pater* éliminait des relations d'affaires les esclaves et les enfants de famille, c'est-à-dire une grande partie de la population, le droit pré-

torien en vint à donner contre le chef de famille les actions *adjectitiæ qualitatis*, à raison des obligations nées du contrat ou du quasi-contrat de l'individu *in potestate*.

Ces deux catégories d'actions furent donc une œuvre commune de réaction contre un principe gênant.

Elles exigent une remarque essentielle : c'est qu'elles n'ont pas une existence propre, et ne constituent pas des actions indépendantes de celles qui nous sont déjà connues. On n'y doit voir, en réalité, que les actions *in personam* ordinaires du droit civil ou du droit prétorien, *venditi*, *locati*, *condictio*, *furti*, *quod metûs*, etc., intentées d'après des règles distinctes, et moulées sur des besoins spéciaux. On appelle donc les unes *adjectitiæ qualitatis*, parce que leur formule contient des qualifications ou *qualitates* qui en font connaître l'origine (*quod jussu*, *de peculio*, etc.), les autres noxales, parce qu'elles sont données *noxaliter* (pour suivre la *noxa*).

SECTION PREMIÈRE

ACTIONS *ADJECTITIÆ QUALITATIS* (*Inst.*, IV, t. VII.)

La personne *alieni juris* peut s'obliger de manière à produire une action *rei persecutoria*, c'est-à-dire par un contrat ou quasi-contrat. Le préteur suit alors des règles différentes, suivant que le père a plus ou moins de participation à la dette.

§ I

Dettes contractées par ordre du *pater*.

688. L'ordre de s'obliger, donné par le père ou le maître, est tantôt spécial, tantôt général.

Action quod jussu. — Si l'ordre est spécial, l'action se donne contre le chef de famille avec la qualification de *quod jussu*. Il importe peu que le *pater* ait connu l'engagement par avance, ou qu'il l'ait ratifié après coup ; car la ratification équivaut au mandat (f. 60, *Dig.*, 5-17 ; *Inst.*, p. 1, *hic*).

Actions exercitoria et institoria. — Quand l'ordre est compris implicitement dans une mission générale, l'action qui en résulte contre le *pater* se nomme parfois *exercitoria*, parfois *institoria*. Elle prend le premier nom, lorsqu'elle se donne contre un armateur (*exercitor navis*), à raison des engagements que son fils ou son

esclave, préposé au navire (*magister navis*), a contractés pour remplir cette tâche. Elle prend l'autre nom, lorsqu'elle se donne, contre un chef de famille qui a préposé son fils ou son esclave (*institor*) à un commerce quelconque, pour tous les engagements dérivés de ce négoce.

Il y a quelques différences entre ces deux actions. 1° Quiconque a traité avec un tiers que s'est substitué le *magister navis*, peut intenter l'action exercitoire contre l'*exercitor ;* au contraire, l'action institoire suppose qu'on a traité avec l'*institor* en personne. 2° Si l'*exercitor* est en puissance, quiconque a traité avec son *magister navis* peut agir contre son père ou son maître; au contraire, le tiers qui traite avec un *institor* ne peut jamais poursuivre que le préposant en personne. L'action exercitoire est donc plus souple que l'action institoire ; c'est que la nature même du commerce maritime exigeait une plus grande liberté (f. 1, p. 5, p. 19-20, *Dig.*, 14-1 ; *Inst.*, p. 2, *hic*).

Observation commune. — Poursuivi par l'une de ces trois actions, le père était tenu de toute la dette ; car le tiers, en contractant avec le fils ou l'esclave sur l'ordre explicite ou implicite du chef de famille, était censé contracter avec ce dernier au point de vue prétorien. Puisque la condamnation portait *in solidum*, il est probable que les clauses *quod jussu, exercitoria, institoria*, trouvaient place dans les premières parties de la formule, la *demonstratio* ou l'*intentio;* par exemple : *quod jussu N. N. A. A. vendiderit, quidquid paret*, etc.

§ II

Dettes contractées sans ordre du *pater*.

689. Si le fils ou l'esclave contracte une obligation sans l'ordre spécial ou général ni la ratification postérieure du chef de famille, celui-ci n'est pas obligé pour le tout, mais seulement jusqu'à concurrence de certaines valeurs qu'il s'agit de déterminer. Cette question se rattache à la matière du pécule profectice, dont l'administration a été confiée par le *pater* à l'individu *alieni juris* (1).

(1) Le fils peut avoir en propriété d'autres pécules qui nous sont connus, *castrense, quasi-castrense, adventitium* (*suprà*, n° 234). Mais il est à leur égard un véritable *paterfamiliâs*, et supporte toutes les conséquences profitables ou nuisibles de ses actes.

Action tributoria. — Supposons d'abord qu'au su du chef de famille, *sciente domino*, le fils ou l'esclave fasse un commerce pour son propre compte, à l'aide du pécule. La portion de ce pécule affectée au commerce est grevée du payement des dettes que la personne *alieni juris*, dans son négoce, a contractées avec des étrangers, ou dont elle peut se trouver tenue naturellement envers son maître pour une cause quelconque. La distribution de ces valeurs ou marchandises doit se faire au marc le franc entre le maître et les tiers créanciers. Le chef de famille lui-même est chargé de cette répartition; mais il ne jouit d'aucun privilége, et la distribution, en cas d'insuffisance, se fait au prorata des créances. Or s'il a y dol de la part du chef de famille, le créancier qui se prétend lésé réclame au *pater* ce qui lui manque par l'action dite *tributoria* (*Inst.*, p. 3, *hìc*).

Actions de peculio et de in rem verso. — Supposons maintenant que le *paterfamiliâs* n'ait connu l'engagement en aucune façon, ou que l'engagement ait été contracté contre son gré. Les créanciers ne sont alors admis à le poursuivre que jusqu'à concurrence du pécule, *de peculio*, ou de ce qui a tourné à son profit, *de in rem verso*. D'après Gaïus, ces deux clauses sont insérées à la fois dans la formule; autrement dit, la condamnation prononcée contre le père pourra égaler, mais non dépasser, la valeur de ce que lui a rapporté l'acte de son fils ou de son esclave, ajoutée à la valeur du pécule; le tout est évalué dans la même action, *una actio, duæ condemnationes*. Dans la doctrine plus simple de Paul et d'Ulpien, le profit du maître le constitue débiteur envers l'esclave, et cette dette grossit d'autant le pécule; par suite, en agissant seulement *de peculio*, on agit du même coup et virtuellement *de in rem verso*. Ces deux conceptions théoriques aboutissaient, en général, au même résultat pratique (*Inst.*, p. 4, *hìc; Gaïus*, IV, 73; f. 3, p. 1; f. 19, *Dig.*, 15-3).

Le maître poursuivi *de peculio*, qui a payé au delà du pécule, n'est pas admis à répéter. Les créanciers gardent le droit de renouveler la poursuite contre le maître jusqu'à parfait payement, tant qu'il entrera quelque chose dans le pécule (f. 11, *Dig.*, 12-6; f. 30, p. 4, *Dig.*, 15-1).

Observation commune. — A la différence des trois premières actions *adjectitiæ qualitatis*, les trois dernières, comme on vient de le voir, ne s'intentent pas contre le maître pour le tout, mais seu-

lement dans certaines bornes. De là résulte que les clauses *tributoria*, *de pec lio*, *de in rem verso*, au lieu de se trouver dans la *demonstratio* ou l'*intentio*, avaient leur place dans la *condemnatio*, par exemple : *si paret*... NN. AA. *de in rem verso condemna*.

§ III

Comparaison de ces actions.

690. Il est à noter que l'action exercitoire ou institoire ne saurait concourir avec l'action tributoire. Car le *magister navis* ou l'*institor* fait le commerce pour le compte de son maître et comme préposé; au contraire, l'action tributoire suppose un individu *alieni juris* qui fait le commerce au su du chef de famille, mais pour son propre compte (f. 11, p. 7, *Dig.*, 14-3).

La même personne qui est investie de l'action *quod jussu*, *exercitoria* ou *institoria*, peut exercer l'action *de peculio*, s'il y a un pécule; cette dernière voie est moins sûre pour elle. De même, quiconque a l'action tributoire doit avoir à plus forte raison l'action *de peculio ;* la supériorité de l'un de ces moyens sur l'autre dépend des circonstances. L'action *de peculio* atteint tout le pécule, mais laisse au maître la faculté de prélever ce qui lui est dû naturellement, par préférence à tout autre créancier. L'action tributoire ne frappe que la portion du pécule affectée au commerce ; mais le maître n'y jouit d'aucune prérogative sur les autres créanciers (*Inst.*, p. 5, *hic ; Gaïus*, IV, 74).

Les six *actiones adjectitiæ qualitatis* se partagent donc en deux groupes de trois actions, bien distincts par la circonstance originaire et par les effets juridiques.

§ IV

Différences entre le fils et l'esclave.

691. Les règles précédentes sont indifféremment applicables aux opérations du fils de famille et de l'esclave. Il faut néanmoins signaler entre eux quelques dissemblances, dérivées d'une première différence capitale qui nous est depuis longtemps connue. En effet, le fils de famille s'oblige civilement lui-même, tant par ses contrats ou quasi-contrats que par ses délits ou quasi-délits. Au

contraire, l'esclave est incapable de s'obliger civilement par un contrat ou quasi-contrat.

En conséquence, le tiers contractant peut à son choix poursuivre le père ou le fils, à raison d'un engagement de ce dernier. Mais il ne peut les poursuivre successivement l'un et l'autre (f. 1, p. 24, *Dig.*, 14-1).

Si le fils de famille est condamné en justice, l'action *judicati* qui résulte de la condamnation, comme toute autre action *quasi ex contractu*, est susceptible de s'intenter *de peculio* contre le père (f. 3, p. 11, *Dig.*, 15-1).

Tandis que l'*intercessio* de l'esclave n'oblige aucunement le maître (*suprà*, n° 308), l'*intercessio* du fils de famille oblige le père *de peculio* (f. 3, p. 5, 6, 9, *Dig.*, 15-1).

Enfin le fils mineur de vingt-cinq ans, mais non son père, est admis à demander la *restitutio in integrum* pour cause de lésion (f. 3, p. 4, *Dig.*, 4-4).

§ V

Généralisation des actions exercitoire et institoire.

692. Une remarque importante, c'est que les actions exercitoire et institoire fournirent au préteur un facile moyen d'améliorer la théorie civile du mandat. Il n'eut qu'à les étendre, en faveur de la navigation et du commerce, au cas où le préposé n'était pas sous la puissance du préposant. Et la jurisprudence prétorienne alla bientôt jusqu'à donner, aux tiers qui avaient suivi la foi du mandataire, l'action institoire contre le mandant à titre universel (f. 10, *Dig.*, 17-1).

On a dejà pu apprécier l'influence féconde et bienfaisante de ces innovations (*suprà*, n° 384).

SECTION DEUXIEME

ACTIONS NOXALES (*Inst.*, IV, t. VIII-IX.)

693. Des considérations de police et d'ordre public contraignirent le droit civil à reconnaître de tout temps que la partie lésée par le délit ou le quasi-délit d'une personne *alieni juris* pourrait agir en indemnité contre le père de famille. Ce dernier avait seulement un moyen de se dérober à la réparation du dommage, en abandon-

nant au demandeur l'auteur du fait délictueux. Cette faculté d'abandon n'était que l'application d'une idée générale que les anciens Romains considéraient comme essentielle à la propriété; ils n'admettaient pas que le propriétaire pût éprouver de force, à l'occasion des choses qui lui appartenaient, un préjudice supérieur à la valeur de ces choses elles-mêmes (1).

Aussi l'abandon noxal s'appliquait-il, dans le principe, aux enfants de famille, aux esclaves, aux animaux, aux objets inanimés. Accompli sur les enfants de famille, il avait pour résultat de les constituer *in mancipio*; la religion chrétienne ne pouvait le tolérer, et, déjà supprimé par Constantin à l'égard des filles, il le fut à l'égard du fils par Justinien. La partie lésée ne resta pas sans ressource; car, sans attendre que l'enfant de famille fût devenu *sui juris*, elle était libre de le poursuivre immédiatement par l'action née du délit, et de se retourner ensuite contre le père par l'action *judicati de peculio* (*suprà*, n° 691).

§ I

Action noxale proprement dite (*Inst.*, t. VIII).

694. Considérée dans son application au *servus*, l'action noxale est l'action donnée contre le maître à raison du délit de l'esclave. Tandis que les actions *adjectitiæ qualitatis* étaient toutes *rei persecutoriæ* et d'origine prétorienne, l'action noxale est pénale et tantôt civile, tantôt prétorienne. En effet, suivant une remarque déjà faite, elle n'est que l'action issue du délit de l'esclave (*furti*, *vi bonorum raptorum*, etc.), avec la qualité particulière de s'intenter *noxaliter* (2).

Délit qui l'engendre. — L'action noxale n'a jamais pour source que le délit commis par un esclave envers un étranger. Au délit commis par l'esclave envers son maître on applique rigoureusement la règle qu'il ne saurait naître une action entre eux. Par conséquent, l'aliénation ou l'affranchissement de l'esclave, après le délit, ne donne pas à l'ancien maître le droit de le

(1) On a vu, de ce vieux principe, une autre application dans le cas du *damnum infectum* (*suprà*, n° 318 *bis*).

(2) L'adjectif *noxalis* vient sans doute du verbe *nocere*. Les mots *noxa*, *noxia* sont de la même famille; souvent synonymes, ils ont souvent des acceptions différentes, et *noxa* signifie l'auteur du dommage (*corpus quod nocuit*, *servus*), *noxia* désigne le délit même (*ipsum maleficium*) (Inst., p. 1, *hic*).

poursuivre *noxaliter*. En vertu de la même idée, si l'esclave d'autrui accomplit un fait délictueux à votre préjudice et tombe ensuite sous votre puissance, l'action noxale s'évanouit. Sera-t-elle ressuscitée par l'affranchissement ou l'aliénation du délinquant ? Les Proculiens avaient admis l'affirmative ; mais l'opinion contraire des Sabiniens prévaut dans les Institutes (*Gaïus*, IV, 78 ; *Inst.*, p. 6, *hic*).

Des parties à l'action noxale. — L'action noxale est ouverte, à la personne lésée par le délit, contre le maître de l'esclave. Elle ne se fonde point sur un devoir imposé au *paterfamiliâs* de surveiller les individus soumis à sa puissance; car c'est toujours le maître actuel qui en est passible, non le maître qu'avait l'esclave lors du délit; on n'examine pas même s'il en avait un. Le maître est donc poursuivi moins en qualité de propriétaire qu'en qualité de possesseur, et parce qu'il a de fait la possibilité d'exhiber l'esclave. Aussi n'est-il pas tenu de l'action, lorsque l'esclave est en fuite. Ces diverses règles se résument dans l'adage : *Noxa caput sequitur* (*Inst.*, p. 5, *hic; Paul*, II, t. XXXI, p. 37).

Au surplus, l'action noxale se transforme en action directe contre l'esclave après son affranchissement, par une remarquable application du principe que ses délits l'obligent civilement. Mais à l'inverse l'action directe se transforme quelquefois en action noxale; ainsi, quand l'auteur libre d'un délit devient ensuite votre esclave, la poursuite ne pourra plus s'exercer qu'envers vous et *noxaliter* (*Inst.*, p. 5, *hic*).

Effets et nature de l'action noxale. — L'action noxale, bien qu'accompagnée d'une sorte de droit de suite, est incontestablement personnelle ; car elle tend à la reconnaissance d'une obligation.

Elle vise directement à mettre le possesseur de l'esclave dans l'alternative, ou de payer la peine infligée au délit (*litis æstimatio*), ou d'abandonner l'esclave. Le demandeur est libre, au besoin, d'agir d'abord *ad exhibendum;* cette faculté lui est utile dans l'hypothèse où l'auteur du délit est un esclave qu'il ne saurait désigner par son nom, mais qu'il pourra reconnaître dans la *familia* de son maître (*Inst.* pr., p. 2, 3, *hic*).

L'alternative qu'implique l'action noxale détermine bien des jurisconsultes à la déclarer toujours et nécessairement arbitraire. Cette doctrine procède d'une confusion manifeste. Le caractère particulier d'une action arbitraire, c'est que le juge arbitre à son

gré la satisfaction qu'y doit fournir le défendeur, s'il veut échapper à la condamnation; or, ce même pouvoir n'appartenait pas au juge de l'action noxale, puisqu'il ne lui était pas permis de modifier la peine du délit. De plus, l'*arbitrium* ou *jussus* d'une action arbitraire portait en lui-même la coaction indirecte qui s'attachait à la menace d'une condamnation plus ou moins fixée par le serment du demandeur; au contraire, l'abandon noxal n'était pas enjoint au maître de l'esclave, mais laissé pleinement à son libre arbitre, et son refus de s'y prêter n'aggravait en rien la peine législativement déterminée par avance et proportionnée à la nature du délit. Enfin, le *jussus* d'une action arbitraire précédait la condamnation, tandis que l'alternative ouverte par l'action noxale se trouvait dans la condamnation elle-même. Pour conclure, la qualité de noxale ne suffit pas à rendre arbitraire une action qui ne l'est pas. Mais on doit admettre le cumul de ces deux caractères dans les cas où l'action noxale, en la supposant intentée directement contre l'auteur du délit, serait arbitraire de sa nature; telle serait l'action *quod metûs causa* donnée contre le maître de l'esclave qui a fait violence (*Inst.*, IV, t. VI, 31).

695. **Abandon noxal.** — Du reste, le maître a le droit de faire l'abandon noxal avant toute poursuite, ou dans le cours du procès, ou même après la sentence; il évite ainsi l'action, la condamnation ou l'exécution. Une fois condamné, il n'est pas tenu d'une obligation alternative, mais seulement de l'action *judicati cum facultate solutionis;* le demandeur n'a donc à lui imposer que l'exécution de la sentence (*Inst.* pr., *hic;* f, 29, *Dig.*, 9-4 ; f. 6, p. 1, *Dig.*, 42-1).

Par exception, la faculté de l'abandon noxal est refusée au maître, lorsqu'il a nié mensongèrement de posséder l'esclave, ou lorsqu'il n'a pas usé des moyens qu'il avait d'empêcher le délit (f. 2, p. 1, *Dig.*, 2-9; f. 2 pr., *Dig.*, 9-4).

L'abandon consistait dans une aliénation complète de l'esclave, et s'opérait ordinairement par la mancipation, au temps de Gaïus. En l'absence du maître, et si personne ne se présentait à la défense, le demandeur emmenait l'esclave sur l'ordre du préteur (*ducit*), mais l'avait seulement *in bonis* (f. 26, p. 6, *Dig.*, 9-4).

D'après les Institutes, si l'esclave *noxæ deditus* parvient à désintéresser son nouveau maître en réparant le dommage causé par son délit, il pourra exiger sa liberté. Un tel résultat serait directement contraire aux plus incontestables principes de la *dominica*

potestas, et nul autre texte ne le signale. L'humanité de Justinien innove sans doute pour étendre aux esclaves une faveur (*auxilium prætoris*) que l'ancien droit réservait aux fils de famille frappés de l'abandon noxal (*Inst.* p., 3, *hic; Collat. leg. Mosaïcar*, II, c. 3).

§ II

Action *de pauperie.*

696. Le préjudice causé par un animal s'appelle *pauperies.*

Action de pauperie. — La loi des Douze Tables accordait une action *de pauperie* pour tout dommage émané d'un quadrupède domestique; la jurisprudence appliqua cette action, en qualité d'*utilis*, aux autres animaux non sauvages (*Inst.* pr., *hic; f.* 4, *Dig.*, 9-1).

Action édilitienne. — Le dommage émané d'un animal féroce (*genitali feritate*) ne tombait pas sous le coup de la loi des Douze Tables; elle avait probablement voulu punir la négligence des propriétaires de bestiaux, bêtes de somme ou domestiques, et ne prévoyait pas les autres cas plus rares. Mais les édiles, chargés de la police des endroits publics, infligeaient des peines aux personnes coupables d'y avoir eu des animaux dangereux (*Inst.*, p. 1, *hic*).

L'action *de pauperie* est noxale; car elle laisse au défendeur la faculté de se libérer en abandonnant l'animal. Mais elle a une existence propre et constitue une action particulière, non une certaine qualité d'action.

CHAPITRE XXV

INEXACTITUDES DANS LA DEMANDE.

(*Inst.*, IV, t. VI, p. 33-35.)

Dans les actions et les formules telles que nous venons de les exposer, le demandeur peut aller au-dessus ou rester au-dessous de son droit, ou se tromper sur l'objet même de sa demande.

§ I

Plus-petitio (*Inst.*, p. 33, *hic.*)

697. La théorie de la *plus-petitio* atteint sous le système formu-

laire son point culminant d'importance. Il y a *plus-petitio*, en général, lorsque la prétention du demandeur excède ce qu'il a droit de réclamer.

Plus-petitio sous le système formulaire. — La *plus-petitio* se rattache à la distinction déjà signalée des *actiones certæ vel incertæ*.

697 *bis*. *Des actions qui en sont passibles, et de ses effets.* — Elle n'est possible que dans une *actio certa*, c'est-à-dire dont l'*intentio* précise limitativement un objet ou une valeur. Telle est la *condictio certi*, qui charge le juge de condamner le défendeur à une *certa pecunia* ou *certa res*, s'il en est reconnu débiteur (*si paret N. N. A. A. decem dare oportere*, n° 671). Telle est aussi la revendication, qui n'autorise le juge à condamner le défendeur que si la chose appartient au demandeur (*si paret hominem ex jure Quiritium A. A. esse*, n° 614 et 615). On voit par ce dernier exemple que la rédaction de la *condemnatio* importe peu; fût-elle *incerta*, la *plus-petitio* est possible, dès que l'*intentio* se trouve *certa*.

En effet, si le demandeur n'est reconnu créancier ou propriétaire que d'une partie de ce qu'il a réclamé dans l'*intentio*, la condition qui tenait la condamnation en suspens ne s'accomplit pas, et le juge doit nécessairement absoudre le défendeur. Or, en vertu de l'effet extinctif de la *litiscontestatio*, le demandeur ne pourra plus renouveler son action, même en la restreignant à son droit; car ce droit est épuisé. La *plus-petitio* a donc pour conséquence d'enlever au demandeur son action et son droit; *causa cadit*. Le préteur ne lui accordera pas facilement le secours de la *restitutio in integrum*, à moins qu'il ne soit mineur de vingt-cinq ans, ou qu'il n'y ait vraiment aucune faute à lui imputer (*Gaïus*, IV, 53).

Au contraire, toutes les *actiones incertæ* échappent, en principe, au danger de la *plus-petitio*. Car le demandeur n'y réclame dans l'*intentio* rien de précis, mais seulement une valeur dont il laisse la fixation au juge (*quidquid paret*, *quanti ea res erit*). Dans ce nombre figurent les actions de bonne foi, et par analogie de motifs, en règle générale, les *condictiones incerti*. Les actions arbitraires peuvent être *certæ*, comme il advient de la revendication et même de l'action confessoire (*Gaïus*, IV, 54; *Fr. Vat.*, 52-53).

698. *De la manière dont elle a lieu.* — La *plus-petitio* se réalise de quatre façons, *re*, *tempore*, *causâ*, *loco*.

Re. — C'est lorsqu'on exagère l'objet de son droit; par exemple,

un créancier de vingt demande trente, ou le copropriétaire d'un fonds le revendique pour le tout.

Tempore. — C'est lorsqu'on agit avant l'échéance du terme, *antè diem ;* il est indifférent que ce terme résulte du contrat originaire ou d'une convention postérieure, bien qu'en ce dernier cas le défendeur ait besoin d'une exception pour l'invoquer (*Gaïus*, IV, 123) (1).

Causâ. — C'est lorsque la rédaction de l'*intentio* tend à priver le défendeur d'une faculté d'option ou d'un avantage quelconque dont il est investi. Par exemple, le créancier ne réclame que l'un des deux objets promis sous alternative, ou réclame une *species* d'un débiteur *in genere*, etc. (*Gaïus*, IV, 53).

Loco. — Il faut supposer qu'un lieu a été déterminé pour le payement, dans une *stipulatio certa*. Le créancier, s'il poursuit ailleurs, court le risque de la plus-pétition ; il suffit donc au débiteur deshonnête, pour échapper à l'action, de fuir avec soin le lieu du payement (*forum contractûs*). Le préteur remédie à cette situation bizarre en conférant l'action *de eo quod certo loco dari oportet*. Elle s'intente sans danger devant une juridiction généralement compétente, soit au domicile du débiteur, soit à Rome, qui est le domicile commun, etc. Les modifications qu'elle apporte à la formule de l'action originaire produisent deux résultats : 1° l'*intentio* devient *incerta ;* car le juge reçoit la mission d'augmenter ou de diminuer la condamnation, selon que la différence des lieux est profitable ou nuisible au débiteur ; 2° l'action devient arbitraire ; car le défendeur obtient son absolution, s'il donne la satisfaction indiquée par le juge, et qui consiste le plus souvent à fournir caution de payer au lieu convenu (*Dig.*, 13-4) (2).

699. *Plus-petitio en dehors de l'intentio*. — La *plus-petitio* dans la *condemnatio* de la formule est sans conséquences pour le demandeur ; mais elle nuirait au défendeur, s'il n'avait le droit d'arriver par une *restitutio in integrum* à la rectification de cette erreur.

Quant à la *plus-petitio* dans la *demonstratio*, la doctrine prédominante ne lui reconnaissait aucune influence en thèse générale.

(1) Les Institutes assimilent ici la poursuite *pendente conditione* à la poursuite avant terme. On sait que la doctrine contraire découle de textes plus logiques ; l'explication de cette antinomie a été déjà fournie (*suprà*, n° 292).

(2) Il n'est pas absolument démontré que la *plus-petitio re vel loco* ne puisse avoir lieu dans les *condictiones incerti*.

Mais il est une classe d'actions où la *demonstratio* se confond et s'identifie avec l'*intentio ;* ce sont les actions *in factum ;* pour ce motif, en les supposant *certæ*, la *plus-petitio* y a les mêmes effets que dans l'*intentio* des *condictiones* (*Gaïus*, IV, 57, 58, 59, 60).

700. **Plus-petitio après le système formulaire.** — Dans l'organisation judiciaire du Bas-Empire, la plus-pétition ne peut plus résulter d'une exagération dans la formule ; car il n'y a plus de formule. En outre, la *plus-petitio loco vel causâ* devient à peu près incompréhensible; car le magistrat, qui juge lui-même, est maître de tenir compte dans sa décision d'une erreur de ce genre. Mais la *plus-petitio re* se trouvera dans le *libellus conventionis*, et la *plus-petitio tempore* demeure facile à comprendre sous tous les régimes.

L'iniquité des anciennes conséquences de la plus-pétition est entièrement effacée. Pour réprimer la *plus-petitio tempore*, Zénon et Justinien se contentent de doubler le temps qui restait à courir du jour de la demande au jour de l'échéance, en imposant au demandeur la charge des fraïs occasionnés par sa première poursuite; il perd aussi les intérêts échus dans l'intervalle. Toute autre *plus-petitio* est punie par l'obligation qui pèse sur le demandeur d'indemniser au triple le défendeur du tort qu'il lui a causé (C. 1, C. 2, *Cod.*, 3-10).

§ II

Minus-petitio (*Inst.*, p. 34, *hic*).

701. Le demandeur, au lieu de réclamer plus, peut demander moins que son droit.

Est-ce dans l'*intentio* que l'erreur est commise? Au temps classique, elle n'a d'autre résultat que de mettre le demandeur dans la nécessité d'attendre la fin de la préture actuelle avant d'agir *de reliquo ;* sinon il se verrait opposer l'exception *litis dividuæ*. Sous Justinien, le juge a le pouvoir de redresser lui-même l'erreur dans la même instance, et de prononcer comme si l'on ne s'était pas trompé sur la quantité (*Gaïus*, IV, 56, *Inst.*, p. 34, *hic ;* C. 1, *Cod.*, 3-10).

L'erreur avait-elle été commise dans la *demonstratio ?* la plupart des jurisconsultes pensaient que la *minùs-petitio*, tout comme la *plus-petitio*, n'avait pas d'importance dans cette partie de la formule, parce qu'elle ne déduisait pas le droit *in judicium*. De là l'axiome *falsa demonstratio non nocet*.

Mais la *minus-petitio* dans la *condemnatio* avait des conséquences graves pour le demandeur. Car il n'obtenait pas au delà de la somme qu'il y avait fait fixer par le magistrat; tout son droit néanmoins était déduit *in judicium*, et les majeurs n'arrivaient pas aisément à la *restitutio in integrum* (*Gaïus*, IV, 57).

§ III

Aliud pro alio (*Inst.*, p. 35, *hic*).

702. Le demandeur est enfin susceptible de se tromper, non plus en dépassant ou n'atteignant pas son droit, mais en réclamant une chose pour une autre. Par exemple, on revendique l'esclave Éros au lieu de l'esclave Stichus, ou l'on se prétend créancier *ex testamento* de ce qui est dû *ex stipulatu;* dans ce dernier cas, l'erreur sur la cause constitue véritablement une erreur sur l'objet, parce que la dette née d'un legs est de celles qui croissent au double *per infitiationem*.

Du temps de Gaïus, on avait alors la ressource d'intenter une nouvelle action, sans craindre d'exception. Justinien permet de réparer l'erreur *in eodem judicio* (*Inst.*, p. 35, *hic; Gaïus*, II, 213; IV, 53).

CHAPITRE XXVI

CONDAMNATIONS INFÉRIEURES A LA DEMANDE.

(*Inst.*, IV, t. VI, p. 30, 36 à 40.)

Il y a des actions qui ne procurent au demandeur qu'une partie de son droit. Telle est l'hypothèse déjà connue où la nécessité de n'agir que *de peculio* borne la réclamation du créancier. Tels sont les cas de la compensation, du bénéfice de compétence et de la cession de biens.

§ I

De la compensation.

703. La compensation est la balance établie entre créances et dettes réciproques, *debiti et crediti inter se contributio* (f. 1, *Dig.*, 16-2).

Motifs. — L'admission de la compensation dans la jurispru-

dence est fondée sur deux graves raisons : 1° sur l'idée de justice ; car le créancier n'observe pas l'équité en réclamant toute sa créance au débiteur qui peut lui en opposer une autre de son côté ; 2° sur l'idée d'utilité ; car la compensation réunit deux payements dans un seul payement, deux instances dans une seule instance ; elle épargne au créancier les chances d'insolvabilité qui résultent de la mauvaise administration du débiteur ou du concours des autres créanciers (f. 3, *Dig.*, 16-2).

Ces principes n'ont pas triomphé d'un seul coup à Rome. De plus, la compensation n'y éteignit jamais *ipso jure* les obligations, mais seulement *exceptionis ope*. Elle n'eut donc rien de commun avec le payement ni la novation, et ne fut jamais qu'une manière d'éviter ou d'atténuer la condamnation. En un mot, la libération qu'elle engendrait n'était pas légale, mais seulement judiciaire.

Droit ancien. — La vieille loi romaine connut d'abord deux cas spéciaux où le droit du créancier était diminué par un droit opposé du débiteur.

704. *Compensatio de l'argentarius ; deductio de l'emptor bonorum.* — On sait déjà que les banquiers (*argentarii*) ouvraient à leurs clients des comptes courants. Après avoir fait pour eux des recettes et des dépenses, ils ne pouvaient réclamer que le solde, sous peine de plus-pétition (*Gaïus*, IV, 64).

De même, lorsque la *bonorum venditio* avait eu lieu contre un *defraudator* ou débiteur qui ne payait pas, les créances de l'exproprié étaient exercées *utiliter* par le *bonorum emptor*. Mais si les débiteurs du vendu se trouvaient en même temps ses créanciers, la formule des actions intentées par l'*emptor bonorum* était conçue de manière à leur donner satisfaction : *cum deductione agere jubetur* (*Gaïus*, IV, 65).

Entre la *compensatio* de l'*argentarius* et la *deductio* de l'*emptor bonorum*, il y avait de notables différences :

1° Dans la forme, c'est l'*intentio* même de la formule qui contenait la *compensatio ;* car le banquier ne devait demander que la différence de son compte actif sur son compte passif, et la moindre exagération lui faisait perdre *plus petendo* son procès et son action. Au contraire, l'évaluation de la *deductio* était mentionnée dans la *condemnatio*, qui devenait dès lors *incerta ;* par conséquent, la *pluspetitio* n'était pas à craindre. Bref, la *compensatio* était l'œuvre spontanée du banquier lui-même, que sa profession particulière mettait

à même de reconnaître exactement le *doit* et l'*avoir* de sa caisse; à l'inverse, la *deductio* provenait d'une appréciation confiée au juge.

2° Au fond, l'*argentarius* n'avait le droit et l'obligation de composer entre elles que des dettes exigibles et de même objet. Mais de la créance exercée par l'*emptor bonorum*, il fallait déduire même ce qui était dû à terme par le vendu, en tenant compte de cette anticipation. D'ailleurs, la *deductio* ne portait pas nécessairement sur des obligations de nature identique (*Gaïus*, IV, 66-68).

705. *Compensation dans les actions de bonne foi.* — Au témoignage de Gaïus et de Justinien, les actions de bonne foi présentèrent toujours une institution fort analogue à la *deductio*. En effet, le juge y statue *ex æquo et bono;* par conséquent, il entre dans son office d'examiner si le demandeur ne se trouve pas obligé envers le défendeur à raison du même fait; car il serait contraire à l'équité de condamner le défendeur au tout, si le demandeur lui devait quelque chose *ob eam rem*. C'est donc parce que les actions de bonne foi se rattachent à des contrats synallagmatiques, soit parfaits, soit imparfaits, que la compensation y fut toujours reçue; pour le même motif, on ne l'y admit que *ex eâdem causâ*. Considérée sous ce rapport, elle était non-seulement possible, mais encore indispensable, au temps où les contrats synallagmatiques ne produisaient pas d'*actio contraria*. Mais pour des raisons déjà comprises, cette compensation restait insuffisante et ne put empêcher la création des actions contraires (*suprà*, n° 333 *ter*).

Pour conclure, vers l'époque du droit classique, en laissant de côté la *compensatio* et la *deductio* anciennes, la compensation n'avait lieu que dans les actions de bonne foi, sous les conditions suivantes: 1° les deux obligations devaient provenir du même fait juridique, c'est-à-dire *ex eâdem causâ;* 2° elles devaient sans doute se trouver exigibles et suffisamment liquides, réserve faite de la liberté d'appréciation du juge; 3° elles portaient nécessairement sur des objets identiques, c'est-à-dire étaient *ex pari specie*, par l'effet du principe de la condamnation pécuniaire (ff. 8, 10, 22, *Dig.*, 16-2).

706. **Rescrit de Marc-Aurèle.** — Toujours dans les actions de bonne foi, la compensation en vint à se faire *ex dispari causâ*. Autrement dit, la créance du défendeur put se compenser avec celle du demandeur, fût-elle née d'une source différente. Car il y avait dol, de la part du poursuivant, à réclamer ce qu'il était tenu de rendre pour le tout ou pour partie; et l'appréciation du dol

entrait naturellement dans l'office de juge, sans le secours d'aucune exception.

Dès ce jour, la compensation ne tarda pas à pénétrer dans les actions de droit strict. Qu'importe, en effet, que ces actions supposent une obligation unilatérale, puisque l'usage s'est répandu de compenser *ex dispari causâ?* Il suffira d'exprimer ce qui est sous-entendu dans les actions de bonne foi, c'est-à-dire l'exception de dol, fondée sur le devoir où se trouve le demandeur d'opérer la compensation et de n'agir que pour le reliquat. Cette doctrine ne fut appliquée d'abord qu'à des hypothèses particulières. C'est un célèbre rescrit de Marc-Aurèle qui la généralisa et qui en fit une règle législative pour toutes les actions de droit strict (*Inst.*, p. 30, *hic;* f. 10, *Dig.*, 16-2).

707. Lorsque le défendeur établit sa créance contre le demandeur, quel est exactement l'effet de l'exception de dol insérée dans la formule *stricti juris?* Est-ce de procurer au défendeur une absolution complète, comme dans le cas où l'*argentarius* n'a pas fait la *compensatio?* N'est-ce pas seulement de réduire la condamnation à l'excédant de sa dette sur sa créance, comme dans le cas où la poursuite du *bonorum emptor* subit une *deductio?* C'est ici la plus discutée des questions de cette matière. Mais la seconde opinion doit l'emporter pour bien des motifs. Si le résultat ordinaire d'une exception justifiée est d'amener l'absolution complète du défendeur, ce principe n'est pourtant pas absolu, et l'exception, d'après le langage formel des textes, n'aboutit parfois qu'à diminuer la prétention du demandeur; *modò eximit reum damnatione, modò minuit damnationem* (f. 22, *Dig.*, 44-1).

Or l'exception de dol, insérée aux fins de compensation, fournit précisément une des applications de cette dernière règle. Car, en élargissant la sphère de la compensation, Marc-Aurèle se proposait d'obvier aux rigueurs du droit strict, et n'avait aucune raison de se montrer aussi sévère pour les particuliers qu'on l'avait été pour les *argentarii.* Il est d'ailleurs naturel de penser que la compensation, étendue des actions de bonne foi aux actions *stricti juris*, a dû y passer avec le même caractère et les mêmes conséquences. Enfin les Institutes se contentent de signaler le rescrit de Marc-Aurèle, sans nulle allusion à l'innovation radicale que lui prête la doctrine contraire. Le témoignage de Théophile est encore plus décisif; car il déclare expressément que, si l'on actionne pour dix

le débiteur à qui l'on doit soi-même cinq, le juge ne peut le condamner qu'à cinq.

On arrive donc à cette conclusion que la compensation, dès l'époque classique, est faite de même façon par le juge dans les actions de droit strict et de bonne foi. Pour invoquer à cet effet l'exception de dol expresse ou tacite, il fallait sans doute que les deux dettes fussent exigibles et suffisamment liquides ; elles devenaient nécessairement de même nature par la vertu du principe que la condamnation était toujours pécuniaire. Mais la compensation ne se produisait encore que dans les actions personnelles.

708. **Droit de Justinien.** — Justinien supprime la nécessité de l'*exceptio doli ;* du moment que le magistrat juge lui-même, on ne distingue plus les exceptions insérées dans la formule de celles qui n'y sont pas.

L'Empereur étend aussi la compensation aux actions réelles (1).

Quelles en sont les conditions ? Il y a longtemps que la compensation n'exige plus des dettes nées *ex eâdem causâ*. En outre, elles ne sont plus nécessairement de même nature, *ex pari specie;* car le principe de la condamnation pécuniaire a disparu, et l'Empereur permet d'opposer la compensation dans les actions réelles ; or comment supposer que deux personnes se doivent réciproquement deux bois, deux maisons, deux champs ? Mais pour refuser aux défendeurs un moyen trop facile de prolonger les procès, Justinien veut que les créances soient liquides, c'est-à-dire découlent d'un droit évident, *jure aperto*, dont l'appréciation ne retardera pas l'issue de la demande. Il est vraisemblable également que les créances doivent êtré échues (*Inst.*, p. 30, *hic;* C. 14, *Cod.*, 4-31).

Sous les conditions précédentes, la compensation s'opère *ipso jure*. Cette locution équivoque de Justinien ne signifie pas ici que la compensation ait lieu de plein droit, par la seule force de la loi, à l'insu même ou contre la volonté des parties. S'il en était ainsi, le débiteur qui aurait payé par erreur, malgré la compensation, n'aurait plus que la *condictio indebiti ;* cependant les textes lui conservent formellement l'ancienne action de sa créance. Les mots *ipso jure*

(1) Par exemple, Primus doit trente mille à Secundus, qui détient sa maison évaluée à vingt mille. Si Primus revendique contre Secundus, ce dernier lui opposera la compensation pour vingt mille, retiendra la maison, et demeurera créancier de dix mille. Il est permis de préférer le système français, qui ne compense que les dettes de choses fongibles (art. 1291).

reviennent donc à dire simplement que le magistrat tiendra compte de la compensation, sans l'aide d'aucune exception; il lui suffira de connaître la coexistence des deux dettes, pour réduire la condamnation à l'excédant de la plus forte sur la plus faible. Du reste, la compensation une fois admise rétroagit au premier instant où les dettes ont coexisté, en ce sens que les intérêts cessent de courir dès lors (C. 13, 4, 5, *Cod.*, 4-31).

Il reste évident que la compensation romaine, même sous Justinien, ne constitue pas comme chez nous un payement réciproque, fictif et forcé. Elle n'est qu'un moyen d'obtenir, lors de la sentence, dispense totale ou partielle de payer. La libération qui en résulte ne s'opère que *exceptionis ope*, conformément aux effets qui seront expliqués plus tard de la chose jugée.

709. **Observations générales.** — Une règle de bon sens, c'est qu'on ne peut opposer en compensation de sa propre dette la créance d'autrui. Cependant le fidéjusseur est autorisé à s'en prévaloir du chef du débiteur principal, et le codébiteur corréal du chef de ses *correi*, dans le cas de société (f. 10, *Dig.*, 45-2).

Toute obligation civile ou naturelle est susceptible de venir en compensation. Entre autres exceptions, ne sont pas compensables, au moins dans le droit de Justinien : 1° les créances du fisc; 2° la créance en restitution d'une chose enlevée par spoliation ou livrée à titre de dépôt ou de commodat (f. 20, *Dig.*, 16-2; C. 4, *Cod.*, 4-23; *Inst.*, p. 30, *hic ; Paul*, II, t. XII, p. 12).

Remarquons enfin que le délai de grâce accordé au débiteur ne l'empêche pas d'user de la compensation (f. 16, p. 1, *Dig.*, 16-2).

§ II

Bénéfice de compétence (*Inst.*, p. 37-38, *hic*).

Il est des cas où la condamnation ne peut dépasser les facultés pécuniaires du défendeur, *quatenùs facere potest*, *quatenùs ejus facultates patiuntur*. C'est là ce que les interprètes ont qualifié du nom barbare de *beneficium competentiæ*, et ce que les textes appellent *exceptio in id quod facere potest*.

Ce bénéfice, déjà connu du temps de Labéon, fut introduit par l'usage, consacré par l'Édit, corroboré par les rescrits.

710. **Personnes qui en jouissent.** — Le bénéfice de compétence est personnel; car le débiteur ne le communique pas à ses coobli-

gés et ne le transmet pas à ses héritiers. Mais il continue d'en jouir contre les héritiers du créancier (ff. 12, 13, 27, *Dig.*, 24-3).

Divers cas d'application. — Les principaux cas d'application de ce bénéfice sont les suivants, tous motivés par des relations de reconnaissance, d'affection ou de pitié qui doivent exister entre le demandeur et le défendeur. Il appartient :

1° Aux ascendants poursuivis par leurs descendants; au patron et à la patronne, à leurs enfants et ascendants, poursuivis par l'affranchi; aux frères entre eux (ff. 16, 17, *Dig.*, 42-1);

2° Aux conjoints dans leurs rapports judiciaires. Primitivement restreinte à l'hypothèse où le mari était poursuivi en restitution de la dot par l'action *rei uxoriæ*, cette faveur s'étendit, sous Antonin le Pieux, à toutes les créances de la femme contre le mari, et par réciprocité à toutes les créances du mari contre la femme. On n'en exceptait que les obligations issues entre eux d'un fait illicite (ff. 20, 52, *Dig.*, 42-1);

3° Aux associés qui se poursuivent par l'actio *pro socio* (f. 63 pr., *Dig.*, 17-2);

4° Au donateur que le donataire poursuit par une action personnelle ou par l'action *judicati*, pour obtenir l'exécution de la donation. Mais si le donataire agit par la revendication, qui est arbitraire, il n'existe plus aucun motif d'atténuer au profit du donateur une condamnation qu'il a pu prévenir (f. 33 pr., *Dig.*, 39-5; f. 41, p. 1-2, *Dig.*, 42-1);

5° Aux militaires pour leurs dettes contractuelles (ff. 6 pr., 18, *Dig.*, 42-1);

6° Au fils de famille, lorsqu'à l'instant de la poursuite il se trouve émancipé, ou exhérédé, ou qu'appelé à la succession paternelle, il s'en est abstenu (f. 2, *Dig.*, 14-5);

7° Au débiteur qui a fait cession de biens (*Inst.*, p. 40, *hic*).

Cession de biens. — La cession de biens est l'abandon volontairement consenti, par le débiteur aux créanciers, de l'universalité de son patrimoine. Elle date d'une loi Julia, rendue sous César ou sous Auguste. La cession de biens était primitivement soumise à des formalités qui disparurent ensuite ; on se contenta d'une manifestation de la volonté du débiteur. Elle n'était permise qu'au débiteur malheureux et de bonne foi (C. 4 ; C. 6, p. 1, *Cod.*, 7-71; f. 51, *Dig.*, 42-1).

Elle avait le double avantage d'épargner au débiteur l'exécution

personnelle par l'emprisonnement (*vincula privata*), et l'infamie qui s'attachait à la *venditio bonorum* ou vente en masse du patrimoine. D'ailleurs les créanciers, sans devenir propriétaires des biens abandonnés, avaient le droit de les vendre en détail; s'ils ne touchaient qu'un dividende, le débiteur demeurait tenu envers eux. En conséquence, antérieurs ou postérieurs à la cession, ils conservaient la faculté d'agir de nouveau contre le cédant, s'il réalisait des acquisitions ultérieures de quelque importance (*idoneum emolumentum*. C'est alors que s'exerçait le bénéfice de compétence au profit du débiteur (C. 1, *Cod.*, 7-71 ; C. 11, *Cod.*, 2-12).

711. **Manière de l'invoquer.** — Dans l'hypothèse particulière de la cession de biens, c'est au moyen de l'exception *nisi bonis cesserit* que le débiteur atténuait ou paralysait les poursuites. Pour les autres cas, le bénéfice de compétence se produisait sous la forme d'une exception qui affectait la *condemnatio* dans les termes suivants : *dumtaxat in id quod facere potest condemna*. Le débiteur qui négligeait de s'en prévaloir, au plus tard sur l'action *judicati*, n'avait aucune répétition (*Inst.*, IV, t. XIV, p. 4, *in fin.*; f. 7, *Dig.*, 44-1 ; ff. 8, 9, *Dig.*, 12-6).

712. **Effets qu'il produit.** — On se demande d'abord ce que devient l'obligation pour la valeur qui excède les forces pécuniaires du débiteur. La conséquence naturelle de la *litis contestatio* et de la *sententia* serait évidemment de le libérer dans cette mesure. Cependant il est certifié par les textes que son retour à meilleure fortune le met sous le coup de nouvelles poursuites pour ce qu'il n'a pas payé. Il faut donc admettre que, lors de la condamnation *in quantum facere potest*, le débiteur prenait l'engagement formel d'acquitter le surplus dès qu'il le pourrait ; on retrouve des traces de la *cautio* qu'il fournissait dans ce but (C. 8, *Cod.*, 5-18; f. 63, p. 4, *Dig.*, 17-2 ; C. 1, p. 7, *Cod.*, 5-13).

Une seconde question est de savoir comment se calculent les facultés du défendeur. Dans le principe, le juge prenait en considération l'actif brut ; autrement dit, il condamnait le défendeur à la totalité de la somme que devaient produire ses biens, sans en rien déduire pour ses autres dettes ni pour sa subsistance. Par exception, les biens du donateur ne s'évaluaient que déduction faite de ce qu'il lui fallait pour vivre (*ne egeat*) et pour désintéresser ses autres créanciers. Les compilateurs de Justinien révèlent obscurément, dans une loi mal rédigée, l'intention de généraliser la faveur

jusqu'alors réservée au donateur (f. 19 pr., p. 1, *Dig.*, 42-1; f. 173, *Dig.*, 50-17).

CHAPITRE XXVII

DES PLAIDEURS ET DE LEURS REPRÉSENTANTS EN JUSTICE.

(*Inst.*, IV, t. X.)

713. **Des plaideurs.** — La personne investie du droit de figurer en justice s'appelait *legitima persona standi in judicio*. En thèse générale, cette faculté manquait à l'esclave. Il en était probablement de même, à l'origine, de toute personne placée sous la puissance d'autrui. Mais on permit de bonne heure d'actionner un fils de famille, et bientôt il lui fut permis à lui-même d'actionner par une formule *in factum*. Les femmes ne purent introduire un *legitimum judicium* qu'avec l'autorisation de leur tuteur, tant qu'elles restèrent en tutelle. Les pérégrins furent toujours admis à plaider; mais on ne leur donnait les actions civiles qu'à titre de fictices (f. 53, *Dig.*, 5-1; *Gaïus*, I, 184; IV, 37; *Ulpien*, XI, 24, 27).

Bref, dans la législation classique et sous Justinien, ne peut ester personnellement en justice (*postulare*) que le plaideur capable de s'obliger; car le procès entraîne l'obligation de se soumettre au jugement qui interviendra. La capacité de plaider est de plus refusée aux mineurs de dix-sept ans et aux sourds. Le plaideur incapable est assisté par son tuteur ou curateur; s'il n'en a pas, le magistrat lui adjoint un curateur *ad hoc* (f. 1, p. 2, 3, 4, *Dig.*, 26-7; f. 1, p. 3, *Dig.*, 3-1; f. 7, p. 1, *Dig.*, 37-1; C. 11, *Cod.*, 5-34; *Inst.*, I, t. XXIII, p. 2).

Entre deux personnes dont l'une a l'autre *in potestate*, aucune action en justice n'est possible, si bien que l'instance déjà engagée se dissout de plein droit par la chute de l'un des plaideurs sous la puissance de l'autre (f. 11, *Dig.*, 5-1).

Des représentants. — Examinons maintenant l'organisation de la représentation en justice sous les divers systèmes de procédure.

Il ne faut pas confondre, avec les mandataires *ad litem* ou représentants des parties, leurs avocats ou défenseurs, qui ne font qu'aider la partie en cause.

Sont de tout temps inhabiles à représenter une partie en justice

les personnes incapables de plaider en leur propre nom, ensuite les femmes, les soldats et les infâmes; ces derniers ne peuvent pas non plus constituer procureur. Justinien atteste et confirme la désuétude où est tombée dans sa législation la double incapacité attachée à l'*infamia* (*Inst.*, IV, t. XIII, p. 11; *Paul*, I, t. II, p. 1; *Fr. Vat.*, 324).

714. *Actions de la loi.* — Sous les actions de la loi, règne le principe qu'on ne peut agir par représentant : *nemo alieno nomine lege agere potest.* Chacun doit en personne, et pour son propre compte, accomplir le rite solennel et prononcer les paroles consacrées. Ce n'était là que l'application aux actes judiciaires d'une règle également acceptée pour les actes extrà-judiciaires (f. 123, *Dig.*, 50-17; *suprà*, n° 379 et suiv.).

Certaines exceptions furent néanmoins consacrées de très-bonne heure; Gaïus et Justinien les indiquent. Ainsi l'on plaidait valablement au nom d'autrui : 1° *pro populo;* c'est la représentation d'une ville ou province (*populus*) par un agent ou syndic; 2° *pro libertate;* c'est le cas déjà connu de l'*assertor libertatis;* 3° *pro tutelâ;* c'est probablement l'hypothèse où le tuteur agit pour le pupille *absens* ou *infans;* on sait qu'il se bornait ordinairement, si le pupille était présent et sorti d'*infantia*, à lui fournir son *auctoritas*, sans le représenter directement dans la cause; 4° une loi Hostilia. de date inconnue, permettait à quiconque le voulait d'intenter l'action *furti*, soit au nom des captifs ou des personnes absentes pour service public, soit au nom de leurs pupilles; 5° il faut remarquer enfin que le *vindex*, qui prend la cause d'une personne actionnée et s'oblige à payer pour elle dans certaines circonstances déjà mentionnées, est par là même autorisé à participer pour autrui aux actions de la loi.

Telles furent les principales des exceptions qui finirent par amener l'infirmation du principe.

715. *Système formulaire.* — Le système formulaire admet la représentation en justice; *nunc admonendi sumus*, nous dit Gaïus, *agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno* (*Gaïus*, IV, 82).

C'est que l'organisation de la formule s'y prête sans la moindre peine. En effet, le représentant est-il demandeur? L'*intentio* de la formule sera conçue au nom du représenté, et posera la question de savoir s'il est investi du droit; mais la *condemnatio* sera conçue au nom du représentant, c'est-à-dire donnera mission au juge de

prononcer la sentence à son profit; il en poursuivra lui-même l'exécution, sauf à rendre compte au représenté. A l'inverse, le représentant joue-t-il le rôle de défendeur, le nom du représenté figurera dans l'*intentio* de l'action, si elle est *in personam*; mais la *condemnatio* indiquera le représentant comme passible de la condamnation, qui s'exécutera contre lui (*Gaïus*, IV, 35, 55, 86, 87).

Successivement apparurent, au temps des formules, diverses espèces de représentants, dont les principaux furent le *cognitor* et le *procurator*.

Différences de formes entre le cognitor *et le* procurator. — Le *cognitor* était constitué au moyen de paroles solennelles, en présence de l'adversaire, probablement *in jure*. On n'exigeait pas que le *cognitor* lui-même fût présent; mais en son absence, sa qualité ne lui était acquise qu'à partir de son acceptation. La constitution du *cognitor*, comme les autres *actus legitimi*, mancipation, acceptilation, etc., ne comportait aucune modalité expresse (*Gaïus*, IV, 83; *Fr. Vat.*, 318, 329).

Comme on le voit, ces conditions étaient gênantes et souvent impraticables. Telle fut sans doute la cause qui fit inventer, sous le nom de *procuratores in litem*, d'autres représentants judiciaires dont la constitution était plus facile et toujours possible. Il n'y fallait pas de paroles consacrées; on établissait un *procurator* par simple mandat, en l'absence comme à l'insu de l'adversaire. Était même admis à ce rôle quiconque s'y offrait de bonne foi, sans justifier d'une procuration formelle (*Gaïus*, IV, 84).

Différences de pouvoirs entre le cognitor *et le* procurator. — La principale différence entre ces deux représentants, c'est que le *cognitor* s'identifie avec le représenté, non le *procurator*.

Car le mandat du *cognitor* a le double avantage de la certitude et de la publicité. Dès lors, ce qui est jugé avec le *cognitor* lie le représenté, seul investi ou passible de l'action *judicati* (1). Du même coup, il devient naturel que le *cognitor* ne soit, en cette qualité, astreint à fournir aucune caution. D'ailleurs, une fois l'instance engagée avec le *cognitor* par la *litiscontestatio*, on ne voit pas comment serait possible la révocation de ce mandataire; peut-être, en cas de besoin, recourait-on à la *translatio judicii* (*Gaïus*, IV, 98; *suprà*, n° 600).

(1) Il en serait autrement, s'il s'agissait d'un *cognitor in rem suam*, c'est-à-dire du bénéficiaire d'une cession d'actions (*suprà*, n° 446 *bis*).

Quant au *procurator*, par une conséquence naturelle de l'incertitude qui pouvait régner sur son mandat, ce qui était jugé avec lui ne liait pas le mandant, au moins d'un lien direct. C'était le *procurator* qui se trouvait investi ou passible de l'action *judicati*. Aussi devait-il donner caution que le maître accepterait le résultat du procès (*satisdare rem ratam dominum habiturum*). Cette caution *de rato*, étrangère au représenté, ne l'empêchait pas nécessairement de recommencer le procès; mais elle l'en détournait par la crainte du recours que le *procurator*, poursuivi lui-même en vertu de sa promesse, aurait pu exercer contre le mandant au moyen de l'action *mandati contraria* (*Fr. Vat.*, 317).

Dès le temps de Papinien, ces différences tendirent à s'effacer. On mit d'abord à part les *procuratores* dont le mandat n'était pas susceptible de contestation; tels furent le *procurator præsentis*, c'est-à-dire constitué par une personne présente, et le *procurator* constitué *apud acta*, ou dont la nomination avait été notifiée à l'adversaire par lettre du mandant. On les assimila au *cognitor*, en ce sens qu'ils furent dispensés de la caution *de rato* (*Fr. Vat.*, 317, 333).

716. *Droit de Justinien.* — Ce travail de fusion entre les deux institutions s'accentua de plus en plus jusqu'à Justinien. La législation de cet empereur n'est, en général, que la reproduction des règles qui avaient fini par prévaloir à la fin de l'époque classique. Il n'y a plus de *cognitor*. Le *procurator præsentis*, et même le *procurator absentis* muni d'un mandat publiquement constaté, représentent pleinement le mandant; car ils ne fournissent plus la caution *de rato*, et l'action *judicati* se donne pour ou contre le *dominus*. Il n'existe plus qu'exceptionnellement des représentants non identifiés avec le représenté; ce sont le *procurator absentis*, le *procurator in rem suam* (*suprà*, n° 446 *bis*) et le *defensor*. On nommait de ce dernier nom la personne qui venait s'offrir à la défense et plaider pour autrui, sans y être appelée par ses fonctions; c'était un vrai gérant d'affaires. Ordinairement le *defensor* ne pouvait représenter qu'un défendeur; de là son nom.

717. *Remarque.* — Tout au moins dans la doctrine des grands jurisconsultes, le tuteur représente pleinement, comme un *cognitor* ou comme un *procurator præsentis*, le pupille que son âge ou son absence empêchent de plaider lui-même *cum auctoritate*. Il en est autrement du tuteur qui prend bénévolement le rôle de plaideur dans les cas où il suffirait d'autoriser le pupille. C'est d'après cette

distinction fondamentale qu'est délivrée l'action *judicati* (f. 1, p. 2; f. 2; f. 23, *Dig.*, 26-7).

Les mêmes principes semblent applicables dans la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans. Mais aucune action n'est possible pour ou contre les fous ; par suite, leur curateur seul exerce ou subit l'action *judicati* pendant toute la durée de ses fonctions (f. 4, *Dig.*, 2-4; f. 2, *Dig.*, 13-1 ; f. 5, *Dig.*, 26-9).

CHAPITRE XXVIII

DES SURETÉS A FOURNIR EN JUSTICE.

(*Inst.*, IV, t. XI.)

On sait déjà que les préteurs, en accordant une action, contraignent souvent l'une des parties à donner des *satisdationes*, c'est-à-dire à contracter sur stipulation des engagements qui sont garantis par des *adpromissores* (*suprà*, n° 316). Ce genre de précautions est principalement usité dans les instances où l'un des adversaires plaide au nom d'autrui ; aussi cette matière n'est-elle, pour ainsi dire, qu'une continuation de la précédente.

718. **Période antérieure à Justinien.** — Distinguons entre l'action réelle et l'action personnelle.

Actions réelles. — Aucune caution n'est exigée dans ces actions du demandeur qui plaide pour lui-même, ou comme *cognitor* ou *procurator præsentis*. Mais le simple *procurator* doit, comme on l'a déjà vu, fournir la caution *de rato* (*Inst.* pr., *hic*).

Le défendeur *suo nomine vel alieno nomine*, en sa qualité de possesseur, contractait, dans la procédure *per sponsionem*, la *stipulatio pro præde litis et vindiciarum* (*suprà*, n° 615). Dans la procédure par la formule pétitoire, on lui imposait la caution *judicatum solvi*, qui avait en général trois chefs : 1° elle assurait la restitution de la valeur du litige (*de re judicatâ*); 2° elle contraignait le défendeur à rester dans l'instance jusqu'à la *litiscontestatio* (*de re defendendâ*); 3° elle prévenait les dégradations dolosives qu'il aurait pu, durant le procès, commettre sur l'objet litigieux (*de dolo*). Faute par le défendeur de fournir cette garantie, la possession était transférée au demandeur, pourvu qu'il donnât lui-même la sûreté (*Inst.* pr., *hic; Gaïus*, IV, 89, 91, 94, 97, 98 ; *Paul*, I, t. XI, p. 1).

Actions personnelles. — Ici le demandeur reste soumis aux règles

posées pour les actions réelles. Quant au défendeur, Gaïus est plus riche en détails que les Institutes (*Inst.*, p. 1, *hic*; *Gaïus*, IV, 101-102).

Le défendeur agit-il *proprio nomine*, la caution *judicatum solvi* n'est exigée de lui qu'en certains cas exceptionnels : 1° tantôt *propter genus actionis*; c'est le cas des actions *depensi judicati*, etc.; 2° tantôt *propter personam, quia suspecta sit*; c'est le cas de l'héritier que le préteur juge suspect, ou du débiteur qui a fait banqueroute (*decoxit*), etc.

Le défendeur agit-il *alieno nomine*, la caution *judicatum solvi* est nécessaire sans exception, *quia nemo defensor in alienâ re sinè satisdatione idoneus esse creditur*. Si le représentant est un *cognitor*, la caution est fournie par le *dominus* ou représenté ; si le représentant est un *procurator*, c'est lui-même qui la fournit.

719. **Époque de Justinien.** — Dans le dernier état de la législation, le demandeur ou le défendeur *proprio nomine* est contraint seulement, sur toute espèce d'actions, à prendre l'engagement de rester dans l'instance jusqu'au bout, *usque ad terminum litis*. Suivant le rang et la dignité du plaideur, on se contente à cet égard d'une simple promesse (*nuda promissio*), ou l'on exige, soit un serment (*cautio juratoria*), soit des fidéjusseurs (*satisdatio*). Ces diverses combinaisons sont prévues par les Institutes (p. 2, *hic*).

Si l'action est intentée par un procureur dont les pouvoirs ne sont pas authentiquement constatés, il doit donner la caution *de rato* (*Inst.*, p. 3, *hic*).

Le procureur remplit-il enfin le rôle de défendeur, la caution *judicatum solvi* devient indispensable. Mais le *procurator absentis* la fournit lui-même, non plus seulement du chef *de re defendendâ* comme le défendeur *suo nomine*, mais aussi *pro litis æstimatione*. Au contraire, quand il s'agit d'un *procurator præsentis*, c'est le *dominus* ou représenté qui fournit la caution, en y joignant une hypothèque générale de ses biens (*Inst.*, p. 3, 4, 5, 6, 7, *hic*).

CHAPITRE XXIX

DES EXCEPTIONS.

(*Inst.*, IV, t. XIII-XIV.)

720. La théorie proprement dite des exceptions est postérieure aux actions de la loi (*Gaïus*, IV, 108).

Car les exceptions furent une conséquence naturelle de la procédure par formules et du partage de l'instance entre le magistrat qui fixait les questions et le juge qui les tranchait. Aussi la véritable nature n'en apparaît-elle qu'à l'époque du système formulaire; c'est pour ce temps qu'on a déjà distingué dans la *formula* des *partes* ou parties principales et des *adjectiones* ou parties accessoires. On sait que les *adjectiones* appelées *exceptiones* et *præscriptiones ex parte rei* ont fini par se confondre avec le nom d'exceptions (*Gaïus*, IV, 133, *suprà*, n°s 595 et suiv.).

Bien que le caractère des exceptions soit dénaturé dans le troisième système de procédure, l'intérêt au fond n'en persiste pas moins. Il est donc indispensable de les étudier soigneusement.

§ I

Des exceptions en général.

721. Dans le langage juridique, on entend par *defensio* tout moyen qu'emploie le défendeur pour résister à la demande. A ce point de vue général, l'exception est une défense (*Gaïus*, IV, 116; *Inst.* pr., *hìc*).

Nature de la défense. — Mais lorsque le moyen mis en cause par le défendeur tend directement à contredire la prétention du demandeur, il constitue une défense dans le sens technique du mot. Par exemple, c'est une défense que de contester sur la revendication la propriété du demandeur; c'est une défense que d'affirmer, sur l'action personnelle, que le demandeur n'a jamais été créancier, ou qu'il a cessé de l'être, etc. Dans ces divers cas, à la question posée dans l'*intentio* le demandeur et le défendeur font deux réponses contradictoires.

Nature de l'exception. — Au contraire, lorsque le moyen mis en cause par le défendeur ne combat pas de front la prétention du demandeur, et ne doit qu'en paralyser indirectement les effets, il constitue une exception. Par exemple, c'est une exception que d'alléguer, sans nier la créance du demandeur, l'existence d'un pacte qui en a fait remise.

Par son recours à l'exception, le défendeur n'attaque plus de face l'*intentio;* soit qu'il en ait reconnu de prime abord la vérité, soit que les preuves aient été décisives, il renonce désormais à la contester et transporte la question sur un autre terrain. Le signe

essentiel de l'exception, c'est qu'elle est subsidiaire et ne s'examine qu'après la pleine justification de la demande en fait et en droit. On en donne donc une notion très-exacte, quand on la définit une condition négative, qui s'ajoute à la condition positive de la vérification du droit du demandeur, pour suspendre la condamnation du défendeur.

Forme, place et moment de l'exception. — Aussi, dans la formule du temps classique, l'exception était-elle ordinairement inscrite, à la suite de l'*intentio*, sous la forme d'une condition négative : *si non convenit ne pecunia peteretur*, ou *nisi dolo malo factum sit, condemna*, etc. (*Gaïus*, IV, 119).

En règle générale, les exceptions doivent être proposées *in jure* et mentionnées par le magistrat dans la formule; sinon, le juge ne saurait les prendre en considération. L'action délivrée sans exception s'appelle *judicium purum*. Après la disparition du système formulaire, il est clair que la confusion des qualités de magistrat et de juge dans la même personne lui donne le droit d'admettre *de plano* l'exception.

Il y avait certaines exceptions énergiques et vivaces que le défendeur pouvait omettre impunément *in jure*, et qui étaient utilement invoquées même sur l'action *judicati*. Telles étaient les exceptions des sénatus-consultes Velléien et Macédonien, et probablement toutes celles qui constituaient des bénéfices dont on n'avait pas le droit de se démettre (f. 23, p. 3, *Dig.*, 12-6; f. 11, *Dig.*, 14-6).

Preuve de l'exception. — Pour obtenir une condamnation, le demandeur doit faire la preuve de l'*intentio*, c'est-à-dire, en termes plus larges, de sa prétention. Mais, une fois l'*intentio* prouvée, c'est au défendeur à faire la preuve de l'exception, puisque c'est lui qui veut s'en prévaloir : *reus in excipiendo actor est* (f. 1, *Dig.*, 44-1).

722. **Réplique, duplique**, etc. — La *replicatio* n'est qu'une seconde exception opposée par le demandeur à l'exception du défendeur. De même que l'exception suppose l'*intentio* vérifiée et lui est étrangère, de même la *replicatio* implique la preuve préalable de l'exception et se tire d'un fait extrinsèque. Entre autres exemples, il faut citer la *replicatio rei venditæ et traditæ*, qui paralyse l'exception *justi dominii* opposée par le défendeur à la Publicienne (*suprà*, n° 624). De même, quand un débiteur invoque à titre d'exception un pacte de remise (*pactum de non petendo*), le créancier

peut à son tour opposer en réplique un pacte ultérieur qui lui a rendu le droit de poursuivre (*pactum de petendo* (*Gaïus*, IV, 126; *Inst.*, IV, t. XIV pr.).

A la *replicatio* répond quelquefois une *duplicatio* du défendeur, à celle-ci une *triplicatio* du demandeur, etc. Chacune d'elles est avec celle qui la précède dans le même rapport que l'exception avec l'*intentio* (*Fr. Vat.*, 259; *Gaïus*, IV, 127-129; *Inst.*, IV, t. XIV, p. 1-3).

§ II

Exceptions civiles ou prétoriennes.

723. Par leur origine, les exceptions sont civiles ou prétoriennes (*Inst.*, p. 7, *hic*).

Toutes les exceptions primitives eurent sans doute leur fondement dans l'édit du préteur, puisqu'elles furent inventées pour tempérer la rigueur du vieux droit civil. Mais il en naquit peu à peu de sources purement législatives : 1° de lois proprement dites; telles l'exception *legis Cinciæ*, et l'exception *nisi bonis cesserit* de la loi Julia sur la cession de biens; 2° de sénatus-consultes; telles les exceptions du Trébellien (*restitutæ hereditatis*), du Macédonien ou du Velléien; 3° de Constitutions impériales; telle l'exception *si solvendo non sit*, qui sert à réaliser le bénéfice de division accordé par Adrien aux fidéjusseurs; 4° le *jus civile* dans son acception la plus technique, c'est-à-dire formé par les jurisconsultes, a lui-même organisé l'exception *justi dominii* contre la Publicienne.

Il semble étrange que le législateur romain, au lieu d'abolir simplement les règles antérieures qui lui déplaisaient, ait pu se contenter souvent de les paralyser par des exceptions et de suivre ainsi la voie plus modeste des préteurs. Mais ce n'est là que l'application d'un système dont l'esprit nous est déjà connu, et qui a bien sa grandeur. Rome ne voulait pas jeter la perturbation dans son droit antique; tout en organisant les moyens d'en éluder l'application pour des besoins nouveaux, elle en conservait de son mieux la lettre et l'ensemble. Elle aménageait à nouveau l'intérieur du vieil édifice, sans en altérer la façade.

§ III

Exceptions *in factum* ou générales.

724. Les exceptions ne peuvent être, à l'instar des actions, les unes *in jus* et les autres *in factum;* car les moyens tirés du droit civil constituent presque toujours de véritables défenses au fond. Mais comme au nombre des actions prétoriennes, qui sont *in factum* en thèse générale, il y en a qu'on appelle plus spécialement *in factum*, pour les opposer d'ordinaire à l'action de dol, de même il est des cas où l'exception s'appelle techniquement *in factum*, par opposition à d'autres exceptions plus larges.

L'exception est dite *in factum*, lorsqu'elle précise le fait allégué par le défendeur, sans attacher à ce fait un caractère de fraude; par exemple : *nisi de non petendo pactum sit, condemna*. Dans cette hypothèse, le juge a pour toute mission de vérifier l'existence ou l'inexistence du fait lui-même.

D'autres fois, le libellé de l'exception ne précise aucun fait particulier. Par exemple, *nisi quid contrà legem Cinciam factum sit, condemna;* le juge doit alors rechercher s'il a été commis une violation quelconque de cette loi. Ou bien, *si in eâ re nihil dolo malo A. A. factum sit, neque fiat, condemna ;* le juge doit ici, non-seulement vérifier les faits allégués par le défendeur, mais encore en apprécier la moralité et la gravité. Comme on le voit, l'exception de dol comprend, et le dol qui a pu entacher la conduite antérieure du demandeur, et le dol qui peut entacher sa poursuite actuelle.

L'intérêt du défendeur à choisir l'une ou l'autre de ces deux formes variait avec les circonstances. Quand l'exception reposait sur un fait bien précis et d'une preuve facile, mieux valait pour lui qu'elle fût rédigée *in factum*. Quand l'exception reposait moins sur tel ou tel fait déterminé que sur un ensemble de circonstances, mieux valait qu'elle fût conçue en termes généraux, notamment *de dolo*. L'appréciation du juge sur la pertinence et l'honnêteté des faits était indifférente dans le premier cas, décisive dans le second.

724 *bis*. Mais le défendeur n'avait pas toujours l'option entre les deux formes. Car on lui refusait l'exception de dol contre les personnes qu'il n'aurait pu poursuivre par l'action de dol ; c'était entre autres son ascendant ou son patron. En face d'un tel adversaire, qui avait droit à sa *reverentia*, il devait se contenter d'une excep-

tion *in factum*, parce que l'exception de dol eût été infamante pour le demandeur (f. 4, p. 16, *Dig.*, 44-4).

Il fallait pareillement recourir à l'exception *in factum*, quand le demandeur avait ignoré le fait qui lui était opposé (f. 2, p. 5, *Dig.*, 44-4).

Les exceptions *in factum*, puisqu'elles énoncent toujours une circonstance précise et particulière, ne sauraient figurer nominativement dans l'Édit, et ne se donnent que *causâ cognitâ* (*Gaïus*, IV, 118) (1).

§ IV

Exceptions *rei vel personæ cohærentes*.

725. L'exception est *in rem* ou *rei cohæret*, lorsqu'elle ne se restreint pas à telle personne déterminée. Pour préciser, on la dit *in rem* activement, dans tous les cas où les coobligés et les successeurs quelconques du défendeur pourraient également l'invoquer. On la dit *in rem* passivement, quand elle est opposable à tout demandeur.

A l'inverse, dans le langage des textes, l'exception *personæ cohæret* activement, quand elle n'est invocable que par la personne même de tel défendeur ou par ses héritiers, non par ses coobligés. L'exception *personæ cohæret* passivement, quand elle n'est opposable qu'à tel demandeur ou ses héritiers, non à ses créanciers.

Dès lors, il est visible que la même exception peut être *in rem* par un côté, par l'autre *in personam*.

Exemples. — Ainsi l'exception *quod metûs causâ* est *in rem* aux deux points de vue. L'exception *doli mali* est *in rem* activement, *in personam* passivement; au contraire, l'exception *nisi bonis cesserit* est *in rem* passivement, *in personam* activement. L'exception résultée du pacte *de non petendo* consenti à tel débiteur, et le bénéfice de compétence, sont essentiellement *personæ cohærentes;* ils vont même jusqu'à n'être pas transmissibles aux héritiers de l'obligé (f. 25, p. 1, *Dig.*, 2-14; f. 7 pr., *Dig.*, 44-1; f. 2, p. 1-2; f. 4, p. 33, *Dig.*, 44-4).

Ce n'est que l'étude attentive de chaque exception qui en révèle clairement le degré d'énergie. Si l'on veut poser néanmoins une règle à peu près générale, on peut dire que le caractère habituel

(1) Il y a là une distinction analogue à celle de la *bonorum possessio edictalis* et de la *bonorum possessio decretalis* (*suprà*, n° 556).

de l'exception est d'être *in rem* activement. En d'autres termes, née dans la personne d'un obligé, elle est le plus souvent invocable par ses fidéjusseurs ou coobligés (*Inst.*, IV, t. XIV, p. 4; f. 32, *Dig.*, 2-14; f. 16, p. 1, *Dig.*, 16-1; f. 7, p. 1, *Dig.*, 44-1; f. 2, p. 2, *Dig.*, 44-5).

§ V

Exceptions fondées ou non sur l'équité.

726. Gaïus et Justinien donnent une idée trop étroite des exceptions, en leur assignant pour unique raison d'être et pour objet immuable le désir de sauvegarder l'équité. La plupart, en effet, ont cette destination; mais il en est quelques-unes, tout aussi légitimes, qui reposent sur des nécessités d'un autre ordre et parfois douloureuses. Telle est notamment la célèbre exception *rei judicatæ* (*infrà*, n° 730); telles sont encore les exceptions *jurisjurandi* (*suprà*, n° 650), *justi dominii* (*suprà*, n° 624).

On connaît déjà le principal intérêt de cette distinction. Les exceptions fondées sur l'équité se trouvent sous-entendues dans les actions *bonæ fidei;* car l'*intentio* de la formule, en prescrivant au juge de statuer *ex æquo et bono*, lui soumet naturellement l'appréciation du dol, qui est incompatible avec la bonne foi. Dans toute autre action, ces exceptions ne sont pas sous-entendues et doivent s'exprimer. Il en est ainsi même des actions réelles, malgré leur nature d'arbitraires, lorsque le possesseur veut arguer du dol ou de la violence (f. 21, *Dig.*, 24-3; *Inst.*, II, t. I, p. 30, 32, 33, 34; *Gaïus*, IV, 117).

Quant aux exceptions non fondées sur l'équité, il est toujours nécessaire que le préteur les accorde dans la formule.

Cette distinction tient surtout à la forme, et n'a toute son importance qu'au temps du régime formulaire.

§ VI

Exceptions perpétuelles ou temporaires.

727. Est perpétuelle ou péremptoire (*perpetua et peremptoria*) l'exception qui permet à toute époque de repousser l'action. Est temporaire ou dilatoire (*temporalis et dilatoria*) l'exception qui n'a que durant un certain temps la force de repousser l'action (*Inst.*, p. 8, *hic*).

Il faut se garder ici d'une erreur facilitée par les souvenirs de la procédure française. Chez nous, l'exception péremptoire amène seule l'absolution du défendeur, et l'exception dilatoire n'a d'autre effet que de contraindre le juge à surseoir. Sous le régime formulaire, au contraire, toute exception, soit péremptoire ou perpétuelle, soit dilatoire ou temporaire, une fois insérée dans la formule, conduisait à l'absolution totale ou partielle du défendeur et par conséquent à la ruine de l'action, puisqu'elle n'était pas renouvelable (*suprà*, n° 599). Ainsi, dans la langue classique des Romains, la différence ne venait pas des conséquences que l'exception devait produire *in judicio*, mais seulement du délai qui était ouvert pour l'invoquer utilement *in jure*. En deux mots, il serait exact de dire que toute exception était péremptoire ; seulement le demandeur pouvait, en différant sa poursuite, se dérober aux effets destructifs de l'exception temporaire, tandis que l'exception perpétuelle lui barrait le passage à toute époque (*Gaïus*, IV, 123).

Justinien modifia gravement ce point de droit, en étendant aux exceptions la constitution de Zénon relative à la *plus-petitio tempore* (*suprà*, n° 700 ; *Inst.*, p. 10, *hic*).

Le débiteur, s'il paye dans l'ignorance d'une exception perpétuelle qui existe à son profit, peut intenter la *condictio indebiti*. Le même bénéfice ne s'attache pas à l'exception temporaire (f. 26, p. 3, *Dig.*, 12-6).

Le magistrat répare ordinairement, par une *restitutio in integrum*, l'oubli du défendeur qui a négligé de réclamer l'insertion d'une exception perpétuelle dans la formule. Il est douteux que l'omission d'une exception temporaire donne droit au même secours (*Gaïus*, IV, 125) (1).

728. **Des principales exceptions perpétuelles et notamment de l'exception *rei judicatæ*.** — Plusieurs exceptions perpétuelles nous sont déjà connues, et ne sauraient nous arrêter longtemps.

Telles sont les exceptions *doli mali*, *quod metûs*, *in factum*, accordées à la personne qui s'est obligée sous l'empire du dol, de la violence ou de l'erreur. On sait déjà que les deux premières ne font pas double emploi l'une avec l'autre (2) ; car il est possible d'invoquer

(1) Faisons observer ici que l'exception tirée du pacte *de non petendo* (*suprà*, n° 441) est perpétuelle ou temporaire, selon que le créancier a renoncé pour toujours à sa poursuite, ou seulement donné un délai à son débiteur (*Inst.*, p. 31, *hic*).

(2) Il n'est pas indifférent de se prévaloir du dol ou de la violence par le moyen

l'exception *quod metûs* dans certains cas où l'exception *doli mali* serait inadmissible (*suprà*, n° 667 *ter*). Quant à l'erreur, lorsqu'elle n'est pas le résultat d'une manœuvre dolosive, elle n'engendre qu'une exception *in factum*. Encore faut-il que l'erreur ne soit pas destructive de tout accord de volontés; car il n'y aurait alors ni obligation ni action, et conséquemment aucune exception ne serait nécessaire (*suprà*, n° 271 *bis*; *Inst.*, III, t. XIX, p. 23; *Inst.*, p. 1, *hic*).

Telle est l'exception *juris jurandi*, dont il a été question à propos de l'action *de jurejurando* (*suprà*, n° 650). L'emploi de cette exception présuppose que le fait de la délation et de la prestation du serment est contesté devant le préteur. S'il n'y avait pas de débat sur ce fait, le magistrat refuserait l'action (f. 9, *Dig.*, 12-2).

Telle est encore l'exception *rei in judicium deductæ*, qui se rattache à la théorie déjà présentée de la *litis contestatio*. On a vu que la *litis contestatio* éteint le droit du demandeur, *ipso jure* dans les actions *in jus*, *in personam* et constitutives d'un *judicium legitimum*, dans tous les autres cas *exceptionis ope* (*suprà*, n° 599). Supposons que Primus et Secundus soient mes débiteurs en qualité de *correi promittendi*. Je poursuis Primus; mais avant la sentence et depuis la *litis contestatio*, je m'aperçois qu'il est insolvable, et je veux arrêter ma poursuite jusqu'à des temps meilleurs, ou me retourner contre Secundus. Si ma première action réunissait les trois conditions précitées, le préteur m'en refusera une seconde; dans le cas contraire, une seconde action me sera délivrée, mais affectée de l'exception qu'on appelle *rei in judicium deductæ* (*Gaïus*, III, 181; IV, 106, 107, 121, opp. Cod. pr. art. 402-403).

Après ces effets de la *litis contestatio* viennent les effets de la sentence; ils produisent une exception beaucoup plus célèbre, l'exception *rei judicatæ*.

729. *De la res judicata en général.* — On appelle chose jugée (*res judicata*) le jugement devenu irrévocable, c'est-à-dire qui n'est plus sujet à réforme par la voie de l'appel. La chose jugée est réputée l'expression de la vérité; elle fait droit entre les parties : *res judicata pro veritate habetur, jus facit.* Ce n'est point là un principe de raison pure et de parfaite équité; c'est un principe d'ordre social, qui protége sans distinction les bons et les mauvais jugements.

de l'action ou par le moyen de l'exception; car l'action est annale dans une certaine mesure, tandis que l'exception est perpétuelle. De là vient la règle *quæ temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (f. 5. p. 6, *Dig.*, 44-4).

Car les procès doivent avoir une fin, et, du moment qu'on organise une autorité judiciaire, il faut de toute nécessité marquer une limite où ses décisions deviendront inattaquables (f. 207, *Dig.*, 50-17 ; f. 25, *Dig.*, 1-5).

730. *Des effets indirects de la chose jugée, et de l'exception* **rei judicatæ**. — L'effet indirect de la chose jugée consiste dans l'impossibilité de la remettre en question ; chaque partie a le droit de s'en prévaloir en ce sens contre l'adversaire qui, par une action nouvelle, entreprendrait de ressusciter l'ancien débat. Comment cette règle entre-t-elle en pratique ?

Cas d'application de l'exception rei judicatæ. — A l'époque des *legis actiones*, l'action une fois intentée était épuisée. On ne pouvait donc pas la recommencer, et l'on n'avait nul besoin du secours des exceptions, qui n'étaient pas d'ailleurs en usage dans ce temps-là (*Gaïus*, IV, 108).

Sous le régime formulaire se présente une distinction qui nous est familière. S'agit-il d'une action à la fois *in jus*, *in personam et judicium legitimum*, alors, de même que la *litis contestatio* éteint l'obligation primitive et lui en substitue une seconde, de même la sentence éteint l'obligation née de la *litiscontestatio ;* il ne survit donc aucun droit, l'action est consommée, et nulle exception n'est utile pour repousser une poursuite désormais impossible. Mais s'agit-il d'une action *in rem*, ou d'une action *in factum*, ou d'un *judicium imperio continens*, alors, pour des raisons déjà signalées à propos de la *litiscontestatio*, il ne s'opère aucune novation du droit primitif ; le demandeur en reste donc investi théoriquement malgré la sentence, et l'exception *rei judicatæ* devient indispensable pour arrêter une nouvelle poursuite de sa part, s'il ose l'entreprendre (*Gaïus*, IV, 106-107).

Toutes ces questions, liées au système des formules, n'existent plus sous Justinien. Le principe des *judicia imperio continentia* l'emporte, et l'exception *rei judicatæ* est toujours nécessaire contre le renouvellement d'une action déjà tranchée par une sentence irrévocable (*Inst.*, p. 5, *hic*).

En résumé, la chose jugée pouvait opérer *ipso jure* dans le droit classique, mais opère toujours *exceptionis ope* à la fin de la législation romaine.

730 *bis*. *Conditions de l'exception rei judicatæ.* — Pour la manifestation des conséquences de la chose jugée, il faut qu'une action

nouvelle tente de recommencer l'ancien débat entre les mêmes parties. En d'autres termes, la *res judicata* n'est invocable qu'à trois conditions (f. 7, p. 4; f. 27, *Dig.*, 44-2).

A *Il faut l'identité des parties* (*eadem conditio personarum*). — Les jugements, comme les conventions, ne produisent d'effet qu'entre ceux qui y ont pris part. Car il va de soi qu'un plaideur ne doit ni profiter ni souffrir d'une sentence antérieure qui ne le concernait pas : *res inter alios judicata aliis nec nocet nec prodest* (f. 63, *Dig.*, 42-1).

L'identité dont il s'agit ici n'est pas une identité physique, mais une identité juridique. C'est ainsi qu'un seul et même plaideur peut jouer successivement les rôles de deux parties différentes; quand j'ai vainement revendiqué une chose en qualité de tuteur ou de mandataire, je suis admis, sans craindre l'exception *rei judicatæ*, à la revendiquer en mon nom propre, ou réciproquement.

A l'inverse, plusieurs plaideurs distincts peuvent ne former qu'une partie et se trouver liés par une sentence rendue précédemment contre l'un d'eux. Par exemple, le père de famille et les enfants sous sa puissance, ou le défunt et ses héritiers, ont une seule et même personnalité. Rentrent aussi dans cette règle tous les successeurs même particuliers, lorsque la sentence est antérieure à l'événement qui leur a fait recueillir le droit d'autrui; ainsi le créancier hypothécaire est tenu de respecter les jugements rendus contre le constituant avant la constitution d'hypothèque (*Inst.*, II, t. XVIII, p. 4; f. 11, p. 3 et 8, *Dig.*, 44-2; f. 3, p. 1, *Dig.*, 20-1).

En général, lorsqu'un procès a lieu par représentant, la véritable partie litigante est le représenté. De là résulte que le jugement rendu sur une action populaire produit effet à l'égard de tous les citoyens, parce que le demandeur y représente l'ensemble du corps social (f. 11, p. 7, *Dig.*, 44-2 ; f. 45, p. 1, *Dig.*, 3-3; f. 3, *Dig.*, 47-23).

Le principe que l'autorité de la chose jugée se restreint entre les parties reçoit pourtant quelques atteintes :

1° L'indivisibilité du droit en est le motif ordinaire. On se rappelle, en effet, la force absolue des sentences régulièrement intervenues sur une question d'état (*suprà*, n° 658). Il en est de même de ce qui est jugé sur une servitude avec un des copropriétaires qui en sont investis ou tenus, sauf l'action *de dolo* pour l'hypothèse de collusion (f. 4, p. 3-4, *Dig.*, 8-5).

2° Le jugement qui reconnaît à quelqu'un la qualité d'héritier a force obligatoire à l'égard des légataires, créanciers ou débiteurs de la succession, réserve faite encore du cas de connivence. La raison en est que les créances et les dettes sont des éléments constitutifs de l'hérédité, comme les legs en sont la charge nécessaire ; les uns et les autres doivent donc suivre l'héritier (f. 5, p. 1 ; f. 14 pr. et p. 1, *Dig.*, 49-1 ; f. 17, p. 1 ; f. 18, *Dig.*, 5-2).

B. *Il faut l'identité d'objet* (*idem corpus, eadem quantitas*). — Autrement dit, une nouvelle demande entre les mêmes parties n'est repoussée par l'exception de chose jugée, qu'à la condition d'avoir le même objet que l'ancienne action. Par suite de cette idée, la personne qui a échoué dans la réclamation d'une chose n'en peut plus demander une partie divise ou indivise ; car l'ancien jugement, en refusant la chose au demandeur, la lui refuse nécessairement tout entière et dans chacune de ses parties, puisque les parties sont comprises dans le tout. Ainsi je ne serai pas admis, après avoir inutilement revendiqué un champ, à réclamer les arbres coupés sur ce fonds, les alluvions, les îles nées dans le fleuve voisin, etc. (f. 7 pr., f. 21, p. 1 ; f. 26, p. 1, *Dig.*, 44-2).

Mais si l'on a commencé par demander sans succès une portion d'une chose, ou la propriété d'un fonds, on est encore admis à demander, dans le premier cas la portion restante de la chose, dans le second cas un droit réel à titre de servitude sur le fonds d'autrui, etc. (f. 14, p. 1 ; f. 21, p. 3, *Dig.*, 44-2).

C. *Il faut enfin l'identité de cause* (*eadem causa petendi*). — La cause est la même, quand la seconde demande est fondée sur le même droit que la première ; dans cette hypothèse, il y a lieu à l'exception de chose jugée, malgré la diversité des poursuites successivement intentées. Souvent, en effet, à l'occasion d'un même droit, on a le choix entre plusieurs actions qui ne se cumulent pas ; par exemple, l'acheteur d'un animal entaché de vices rédhibitoires a l'option entre l'action *redhibitoria* et l'action *quanti minoris ;* le copropriétaire d'un fonds héréditaire a l'option entre l'action *familiæ erciscundæ* et l'action *communi dividundo*, etc. Dans ces circonstances, après la sentence rendue sur l'une des actions, il y a *res judicata* pour les autres. Mais lorsque la seconde demande est fondée sur un droit différent, la cause n'est plus la même. Ainsi, la personne qui a vainement allégué la qualité de propriétaire dans une revendication, peut alléguer ensuite la qualité de

créancier dans une *condictio ;* la personne qui a vainement invoqué une vente, peut invoquer ensuite une stipulation, etc. La justice se trouve alors en présence de prétentions essentiellement différentes, et l'exception de chose jugée ne sera plus un obstacle (f. 8; f. 14, p. 2; f. 25, p. 1; f. 31, *Dig.*, 44-2).

A ce point de vue de l'*eadem causa petendi*, les actions réelles se heurtent plus facilement que les actions personnelles à l'exception de chose jugée. L'action réelle est générale de sa nature, en ce sens qu'elle embrasse d'un coup toutes les causes d'acquisition du droit réel (1); car, une fois propriétaire, ou titulaire d'une servitude, on ne saurait le devenir davantage par un nouveau mode d'acquérir. Dès lors, en intentant une action réelle, on soumet à la fois au juge tous les titres qui la fondent; le jugement rendu contre le demandeur lui dénie donc absolument le droit réel, et la poursuite ultérieure de sa part irait à l'encontre de la sentence et renouerait un débat définitivement tranché. Mais la règle cesse avec son motif: 1° lorsque la première demande reposait sur une cause d'acquisition nettement déterminée par le demandeur, sans doute au moyen d'une *præscriptio ;* 2° lorsque le demandeur invoque dans la seconde poursuite une cause d'acquisition postérieure à la *litiscontestatio* du premier procès (f. 14, p. 2; f. 11, p. 2, 4, 5, *Dig.*, 44-2).

Pour conclure, il faut dire que l'exception de chose jugée nécessite, outre l'identité des parties, l'identité du débat dans ses deux éléments de l'objet et de la cause. Or, il y a identité du débat, toutes les fois qu'en admettant un jugement conforme à la nouvelle demande, ce jugement reproduirait ou contrarierait l'ancien.

731. *Des effets directs de la chose jugée, et de l'action* **judicati**. — Les effets directs de la chose jugée sont l'*absolution* ou la *condamnation* du défendeur. La première laisse les parties dans le *statu quo*. La seconde crée, au profit du demandeur et à la charge de son adversaire, une obligation nouvelle, *judicatum facere oportere*. (*Gaïus*, III, 180; *suprà*, n° 603).

C'est à cette obligation nouvelle que correspond l'*actio judicati*. Distincte de l'action originaire du demandeur, et bien que celle-ci fût parfois intransmissible ou temporaire, elle passait toujours

(1) C'est là ce qui nous explique l'absence habituelle de *demonstratio* dans la formule des *vindicationes*.

aux héritiers et durait trente ans (f. 6, p. 3, *Dig.*, 42-1; *Paul*, I, t. II, p. 4).

Elle offre les traits suivants : 1° le condamné jouit d'un délai de grâce de quatre mois pour exécuter la condamnation (*tempus judicati*) ; après ce délai, il doit les intérêts légaux au double ; 2° elle ne soumet au juge que la question de fait de savoir s'il y a chose jugée ; par suite le condamné, pour se défendre sur cette action, doit établir que le jugement est nul ou n'existe pas, que le délai d'appel ou d'exécution n'est pas écoulé, ou que le demandeur a reçu déjà satisfaction (C. 1, 2, 3, *Cod.*, 7-54 ; f. 1 pr., *Dig.*, 49-8 ; f. 75, *Dig.*, 5-1 ; f. 4, p. 7 ; f. 7, *Dig.*, 42-1).

732. **Des principales exceptions temporaires.** — Les exceptions peuvent être dilatoires *ex tempore vel in personâ* (*Gaïus*, IV, 124 ; *Inst.*, p. 11, *hic*).

Ex tempore. — La plus célèbre des exceptions dilatoires *ex tempore* est l'exception *non numeratæ pecuniæ*, précédemment étudiée (*suprà*, n° 324). Comme on l'a vu, elle ne se rencontrait qu'à l'occasion du contrat littéral et de la stipulation, et visait une hypothèse où l'exception de dol aurait pu s'employer. Mais l'exception *non numeratæ pecuniæ* avait un double avantage. D'abord elle était *in factum*. Ensuite et surtout, par dérogation à la règle générale *reus in excipiendo fit actor*, le défendeur qui excipait du défaut de numération des espèces n'avait pas à justifier de ce fait négatif, et mettait le demandeur dans la nécessité de prouver qu'il avait compté les valeurs. On se rappelle aussi que le délai pour l'invoquer, porté d'un an à cinq ans par Dioclétien, fut restreint à deux ans par Justinien ; seulement le débiteur pouvait agir lui-même, avant ce terme, pour obtenir libération de la promesse qui lui avait été surprise. Dans le dernier état du droit, le défendeur qui élève l'exception *non numeratæ pecuniæ* est condamné au double, si le demandeur parvient à le convaincre de mensonge (*Inst.*, p. 2, *hic; Cod.*, 4-30 ; *Nov.*, 18, c. xx).

Les exceptions *rei residuæ* et *litis dividuæ* sont également dilatoires *ex tempore*. Elles ont pour objet de mettre obstacle à la multiplication des procès, et d'amener les plaideurs à vider dans une même instance toutes leurs contestations actuelles. Le demandeur qui n'a réclamé qu'une partie de ce qui lui était dû ne peut réclamer le surplus durant la même préture, sous peine de briser son action contre l'exception *rei residuæ*. Le demandeur in-

vesti de plusieurs causes d'action contre une même personne, s'il ne les exerce pas toutes à la fois, devra pour les autres attendre une nouvelle préture; autrement sa poursuite serait écartée par l'exception *litis dividuæ* (*Gaïus*, IV, 122).

Ex personâ. — Les exceptions *cognitoria* et *procuratoria* sont dilatoires *ex personâ*, dans ce sens que le demandeur les évite, non pas en agissant après un délai donné, mais en se faisant représenter par telle personne plutôt que par telle autre. Car la capacité de représenter autrui en justice, ou de constituer un représentant, n'appartenait pas au premier venu (*supra*, n° 713). Si donc on avait fait choix d'un *cognitor* ou d'un *procurator* inhabile à remplir ce rôle, ou si le choix émanait d'un incapable, le défendeur opposait l'une ou l'autre des deux exceptions. Le demandeur s'y dérobait en plaidant lui-même ou choisissant un représentant régulier. Mais il fallait opérer ce changement *in jure*; car, une fois la formule délivrée, l'effet de l'exception prouvée serait de produire une absolution totale et définitive (*Gaïus*, IV, 124; *Inst.*, p. 11, *hic*).

CHAPITRE XXX

DES INTERDITS.

(*Inst.*, IV, t. XV.)

Comme les actions proprement dites, les interdits classiques étaient aussi des formules (*formæ atque conceptiones verborum*) dont usait le magistrat pour mettre fin à des contestations entre particuliers. Mais on doit distinguer soigneusement les actions et les interdits.

§ I

Origine et nature des interdits.

733. **De leur nature.** — Le préteur n'a pas seulement la *jurisdictio*, c'est-à-dire la mission de procéder aux actes légaux de juridiction contentieuse ou gracieuse. Il a aussi l'*imperium*, c'est-à-dire le pouvoir d'ordonner ou de prohiber. Ce pouvoir est mis en pratique, tantôt par l'émission d'ordres ou de prohibitions qui constituent un règlement porté pour tous à l'avance, tantôt par

l'émission, dans telle affaire spéciale, d'un ordre ou d'une prohibition qui ne s'adresse qu'aux parties intéressées. Dans le premier cas, le préteur fait ce qu'on appelle un édit, *edictum ;* dans le second cas, il fait ce qu'on appelle un interdit, *interdictum*, *dictum inter duos* (*Inst.*, p. 1, *hic*).

L'interdit se définit donc un décret rendu sur la demande d'une partie, à Rome par le préteur, en province par le gouverneur, pour ordonner ou prohiber quelque chose. L'interdit est un frère de l'Édit; l'un et l'autre sont les sources d'un droit prétorien, et ne diffèrent que par l'étendue de l'application. Aussi Gaïus nomme-t-il l'interdit *Edictum prætoris* (IV, 141, 166).

Une fois l'interdit rendu, de deux choses l'une : 1° l'adversaire y obéit, et l'affaire est alors terminée; 2° l'adversaire refuse de l'exécuter, ou conteste les faits qui ont déterminé le préteur à le rendre; alors la partie qui l'avait obtenu réclame du magistrat une action, et le juge reçoit la mission de vérifier les faits et de condamner ou d'absoudre suivant les circonstances. Cette action est *in factum;* l'*intentio* en est naturellement conçue dans les termes mêmes de l'interdit qu'il s'agit d'appliquer, et l'on y admet sans doute des exceptions ou des répliques (*Gaïus*, IV, 166).

Les interdits et les actions proprement dites peuvent donc aboutir souvent au même résultat; mais il existe entre eux de graves différences. Dans son origine, l'interdit émane de l'*imperium* du préteur; l'action relève, au contraire, de la *jurisdictio*. Dans son objet, l'interdit est une disposition impérative ou prohibitive qui tranche le débat entre parties, soit en prévenant le procès quand elle est observée, soit en faisant la loi du procès quand il s'élève; l'action, au contraire, ne préjuge rien au fond, et pose seulement au juge une question qu'il lui faudra résoudre. Dans sa nature, l'interdit n'est pas l'action et n'en tient pas lieu, puisqu'il lui donne naissance et lui sert de base.

734. **De leur origine.** — Il reste à se demander maintenant pourquoi le préteur suivait, dans certaines circonstances, le préalable de l'interdit avant de délivrer une action.

La délivrance d'une action présuppose la violation d'un droit reconnu par une loi. Mais dans toutes les sociétés, surtout à leur début, il y a des relations précieuses et respectables en elles-mêmes, que ne sanctionne pas la législation positive. Ainsi, lorsque la vieille Rome faisait aux patriciens des concessions de l'*ager pu-*

blicus, ils le tenaient à fermage et n'en obtenaient pas le domaine quiritaire; dès lors, privés des actions inhérentes à la propriété, ils avaient besoin de l'intervention du préteur pour écarter le trouble et défier l'usurpation. De même, l'usage des *res communes, publicæ, universitatis*, établi en faveur de tous, ne constituait un droit proprement dit et distinct au profit de personne ; il ne pouvait donc engendrer une action privée. Énfin la possession, si digne de protection dans un Etat bien organisé, ne dut être, à l'origine, qu'un simple fait non juridique. Qu'on suppose ces intérêts en butte à des attaques ; faute de moyens légaux, ils n'auront d'autre défense que la force, et la guerre entre citoyens bouleversera la cité, si le magistrat n'interpose son autorité pour maintenir la paix publique.

En définitive, quand le silence de la loi civile empêchait le préteur d'exercer entre particuliers sa *jurisdictio* ou mission judiciaire, il recourait à son *imperium* ou pouvoir de police et prononçait une injonction personnelle ; c'était l'interdit. Sans doute il s'enhardit peu à peu jusqu'à combler les lacunes de la loi proprement dite par cette sorte de loi prétorienne qu'on appelle l'Édit ; mais l'interdit n'en resta pas moins en usage dans les affaires où cette marche avait été précédemment observée.

Tels que nous venons de les concevoir, les interdits doivent remonter aux premiers temps de la procédure romaine, au système des actions de la loi. Il est impossible de préciser en quoi ces vieux procédés juridiques différaient des interdits de l'époque suivante.

735. **De leur transformation.** — A l'origine, le magistrat rendait un interdit spécial pour chaque affaire. Comme les occasions de recourir à cette voie de droit se reproduisaient souvent, les préteurs finirent par inscrire dans l'Édit la formule générale de tel ou tel interdit qu'ils promettaient de donner dans telle ou telle conjoncture. Alors, dans les cas ainsi prévus, on prit l'habitude de réclamer au magistrat, en vertu de la formule générale de l'Édit, l'action qu'il n'eût autrefois délivrée qu'à la suite d'un interdit spécial. En résumé, au lieu de venir deux fois à son prétoire, la première pour obtenir l'interdit, la seconde pour obtenir l'action contre le contrevenant, on demanda de prime abord le droit de poursuivre la personne qui violait l'injonction contenue dans l'Édit.

Plus tard, à l'époque où la dation des juges n'émana plus des préteurs, les parties portèrent directement devant la juridiction

compétente leurs contestations de tout genre. Autrement dit, on s'adressait sans intermédiaire au juge pour obtenir la protection des droits que le magistrat d'autrefois aurait garantis par un décret particulier. Les interdits prirent donc un autre aspect ; on dut y voir des dispositions de la législation prétorienne, qui s'étaient transformées en véritables actions. C'est là ce que veut dire Justinien, en parlant *de interdictis, seu de actionibus quæ pro his exercentur* (*Inst.* pr., *hic*).

736. **Division générale.** — Les interdits reçoivent diverses classifications. Pour qui les examine de haut, les uns appartiennent au droit public ou sacré, les autres au droit privé. A la tête de ces derniers se trouvent les interdits possessoires ou quasi possessoires, qui nous offrent seuls un sérieux intérêt.

Considérés de plus près, les interdits diffèrent entre eux par l'objet et par la procédure.

§ II

Des interdits envisagés au point de vue de leur objet.

737. Les interdits sont *prohibitoires*, *restitutoires*, *exhibitoires*. Cette division ne manquait pas d'importance sous le régime formulaire ; car on procédait toujours *per sponsionem* dans les premiers, tandis qu'on agissait dans les autres *per sponsionem* ou *per formulam arbitrariam*, au choix des parties (*Inst.*, p. 1, *hic ; Gaius*, IV, 140, 141, 142).

Interdits prohibitoires. — Les interdits sont prohibitoires, quand ils contiennent une défense de faire quelque chose. La formule finale est d'ordinaire *fieri veto... veto ne fiat*. Jusqu'au jour où l'appellation d'*interdicta* fut devenue générique, elle convint à ceux-ci plus qu'aux autres, qu'on appelait *decreta*.

Ici se manifeste avec éclat le caractère primitif des interdits, de n'être que des mesures de police prises en vertu de l'*imperium* du préteur. Car c'est aux matières spécialement placées sous la protection de l'autorité que le magistrat appliquait les interdits prohibitoires. Il en usait pour la sanction des ses *missiones in possessionem*, pour la protection des inhumations, pour le maintien de la libre jouissance et de la destination publique des *res sacræ*, *religiosæ*, *communes*, *publicæ*, etc. Les principaux exemples de cette classe sont, en effet, les interdits *ne vis fiat ei qui in posses-*

sionem missus est; de mortuo inferendo; ne quid in loco sacro fiat; ne quid in loco publico, flumine ripâve fiat, etc. (*Dig.*, 11-8; *Dig.*, 43-4; 43-6; 43-8).

Interdits restitutoires. — Les interdits sont restitutoires, quand l'une des parties y reçoit l'ordre de restituer quelque chose à l'autre ; ils se terminent habituellemen par le mot *restituas* (1).

Dans cette classe, les Institutes signalent en première ligne les interdits *adipiscendæ possessionis* et *recuperandæ possessionis*, qui feront bientôt l'objet d'un examen particulier (*infra*, n° 739). Il y faut ranger aussi l'interdit fraudatoire, auxiliaire et supplément de l'action Paulienne (*suprà*, n°s 627 et 630). Enfin, à la plupart des interdits prohibitoires qui protégent les *res sacræ*, *religiosæ*, *publicæ*, correspondent des interdits restitutoires, dont le but est la destruction de ce qui a été fait contrairement à la prohibition (*Dig.*, liv. 43, t. 6, 7, 8, 10, 11, 13, etc. ; f. 20 pr. *Dig.*, 39-1).

Interdits exhibitoires. — Les interdits sont exhibitoires, quand ils enjoignent d'exhiber, *exhibeas*. Justinien nous en fournit divers exemples relatifs aux personnes. Ils ne font pas double emploi avec l'action *ad exhibendum;* car on ne la donne qu'aux individus pécuniairement intéressés à l'exhibition, tandis que ces interdits servent à la protection de tout autre intérêt (f. 13, *Dig.*, 10-4).

Mentionnons d'abord l'interdit perpétuel *de homine libero exhibendo*, ouvert à tout citoyen pour demander la représentation immédiate et publique de la personne indûment retenue, dont la liberté n'est pas litigieuse. Vient ensuite l'interdit *cujus de libertate agitur*, applicable à la personne dont la liberté est litigieuse et qu'on veut revendiquer, soit *in libertatem*, soit *in servitutem;* comme on y peut avoir un intérêt pécuniaire, l'action *ad exhibendum* n'est pas fermée dans cette hypothèse. L'interdit *de liberis exhibendis* procurait au chef de famille l'exhibition de son enfant détenu ou caché par quelqu'un, et l'interdit *de liberis exhibendis* lui assurait la faculté de l'emmener. Un interdit probablement nommé *de liberto exhibendo* s'accordait au patron qui demandait l'exhibition de l'affranchi, pour lui réclamer les services dont il avait fait la condition de l'affranchissement (ff. 12, 13, *Dig.*, 10-4; *Dig.*, 43-29 et 30; *Gaïus*, IV, 162).

(1) Le terme latin *restituere* est beaucoup plus large que le terme français *restituer;* car il désigne aussi bien une acquisition nouvelle que le recouvrement d'une acquisition perdue.

§ III

Des interdits envisagés au point de vue de la procédure.

738. Les interdits sont *simples* ou *doubles* (*Inst.*, p. 7, *hic; Gaius*, IV, 156 à 160).

Sens de la division. — On appelait interdits simples ceux dont l'injonction ne s'adressait qu'à l'une des parties ; elle seule pouvait donc y contrevenir et subir une condamnation ; il y avait deux rôles distincts, l'un de demandeur, l'autre de défendeur. Étaient qualifiés de doubles les interdits dont l'injonction s'adressait simultanément aux deux parties ; chacun des plaideurs pouvait donc y contrevenir et subir une condamnation, et se trouvait ensemble demandeur et défendeur.

Mais il n'y avait pas d'interdits doubles parmi les restitutoires et les exhibitoires ; on conçoit malaisément, en effet, un ordre qui enjoindrait aux deux adversaires d'exhiber ou de restituer un même objet. Les interdits doubles ne se rencontraient qu'entre les prohibitoires ; ces derniers eux-mêmes n'offraient pas fréquemment ce caractère, et l'on ne le connaît bien qu'à l'égard des interdits *uti possidetis* et *utrubi* (*infrà*, n°s 741 *bis* et 741 *ter*). En résumé, les *interdicta simplicia* d'une part, *duplicia* (*vel mixta*) d'autre part, ne formaient qu'une subdivision des interdits prohibitoires ; tous les autres étaient simples sans distinction.

Procédure des interdits. — La procédure des interdits paraît assez compliquée. Le tableau qu'en avait tracé Gaïus a reçu du temps de nombreuses mutilations, et ne mérite pas un long examen. On sait déjà que l'instance s'organise toujours *per sponsionem* et *restipulationem* dans les interdits prohibitoires. Pour les autres, il est loisible aux parties de réclamer au préteur *in jure* la nomination d'un *arbiter*, ce qui donne à l'action la nature d'arbitraire ; mais si les plaideurs n'ont pas fait cette demande, la *sponsio* et la *restipulatio* seront encore la procédure employée. Elles sont pénales, et non préjudicielles (*suprà*, n° 591).

Dans l'interdit double, les gageures réciproques sont au nombre de quatre ; car chaque partie fait une *sponsio* et une *restipulatio*. Puis les parties procèdent à la *fructuum licitatio*, c'est-à-dire à la mise aux enchères du droit de posséder le fonds débattu et d'en percevoir les fruits durant le procès. Si le non-possesseur est battu, il

ne paye que la *sponsio* et la *restipulatio*. Si le possesseur vient à succomber, il doit en outre restituer la chose litigieuse et les fruits perçus. Cette restitution lui était réclamée par une action appelée *judicium secutorium* (parce qu'elle suivait une action précédente) ou *Cascellianum* (du nom du préteur qui l'avait introduite). Quelquefois les plaideurs avaient fait de cette restitution l'objet d'une stipulation spéciale; il y avait lieu dans ce cas à l'action qu'on appelait *judicium fructuarium* (*Gaïus*, IV, 161 et *seq*.).

Il ne faut donc pas croire que la procédure des interdits rien de sommaire et d'abrégé. Tout au plus en est-il ainsi, lorsqu'on obéit au décret du préteur et qu'on n'en arrive pas au procès.

§ IV

Des interdits possessoires et quasi possessoires.

739. La plus importante classification des interdits est relative aux interdits d'intérêt privé (*quæ ad rem familiarem spectant*). Ce sont les interdits possessoires, sérieux avantages attachés à la possession juridique. Au point de vue des précédentes divisions, ils sont les uns prohibitoires, les autres restitutoires.

On en distinguait quatre catégories : 1° interdits *adipiscendæ possessionis* ; 2° *retinendæ possessionis* ; 3° *recuperandæ possessionis ;* 4° *tam adipiscendæ quam recuperandæ possessionis*. Ce sont les actions possessoires du droit romain (*Gaïus*, IV, 143 à 155 ; *Inst.*, p. 2 à 6, *hic*).

L'expression d'interdits possessoires (*interdicta possessoria*) n'a dans les textes latins ni valeur technique ni portée collective ; un seul jurisconsulte l'emploie, et d'une manière fort incidente (f. 20, *Dig.*, 8-1).

Pour qui veut même aller au fond des choses, il est visible que les interdits *retinendæ possessionis* sont les seuls qui méritent la qualification de possessoires, dans le sens moderne et scientifique du mot. Car si l'action réelle est celle qui tend à la reconnaissance d'un droit actuel de propriété, de servitude ou d'hypothèque, et si l'action de créance est celle qui tend à la reconnaissance d'une obligation existante, de même on ne doit appeler interdits possessoires que les interdits fondés sur la possession présente du demandeur, c'est-à-dire qui le supposent effectivement investi de

la possession. Les interdits *adipiscendæ* ou *recuperandæ possessionis* ne sont donc pas possessoires, puisque le demandeur, en s'y efforçant d'acquérir ou de recouvrer la possession, reconnaît par là même qu'il ne l'a pas ou ne l'a plus; ils ne poursuivent en réalité que l'exécution d'une obligation.

Par conséquent, la distinction romaine des trois ou quatre classes d'interdits possessoires n'a pas la signification qu'on y attacherait aujourd'hui. Mais, cette remarque une fois comprise, l'usage de l'antique division n'offre aucun inconvénient.

740. **Interdits adipiscendæ possessionis.** — Les interdits *adipiscendæ possessionis* ont pour objet de procurer au demandeur la possession d'une chose qu'il n'a pas encore possédée. Ces interdits ne sont pas très-nombreux; on n'en cite guère que six, dont les deux principaux seulement ont trouvé place dans les Institutes.

Parmi ceux qu'a négligés Justinien, les plus remarquables sont : 1° l'interdit *quod legatorum*, donné à l'héritier pour obtenir la restitution des choses appréhendées, à titre de legs, sans sa participation ; 2° l'interdit *possessorium*, donné à l'*emptor bonorum* pour entrer en possession des biens par lui achetés, et les usucaper ; 3° l'interdit *sectorium*, de même nature que le précédent, et donné dans le même but aux acquéreurs (*sectores*) de biens mis en vente par l'État (*Dig.*, 43-3; *Gaïus*, IV, 145, 146).

740 *bis*. *De l'interdit quorum bonorum, et de sa comparaison avec la pétition d'hérédité civile ou prétorienne.* — L'interdit *quorum bonorum* est accordé aux héritiers prétoriens (*bonorum possessores*), pourvu qu'ils aient fait *agnitio bonorum*, c'est-à-dire manifesté dans le délai voulu l'intention de profiter de leur vocation (*suprà*, n° 555). On n'examine pas s'ils y joignent ou non la qualité d'héritiers civils.

Comme la pétition d'hérédité dont il se rapproche fort, cet interdit ne s'intente qu'envers les possesseurs *pro herede* ou *pro possessore* des choses héréditaires. Le sens de ces deux titres de possession nous est déjà connu (*suprà*, n° 619). Il est bon d'observer qu'à l'époque classique, l'expression *pro herede* pouvait comprendre, non-seulement l'individu qui se croyait héritier sans l'être, mais encore le véritable héritier civil. C'est le résultat qui se produisait lorsque, dans l'ordre successoral des préteurs, ce dernier ne venait qu'après le *bonorum possessor;* telle était, par exemple, l'hypothèse où l'enfant émancipé agissait contre un agnat. Au temps de Justinien, le droit civil et le droit prétorien ne font

qu'un ; nul n'est *heres* sans être en même temps *bonorum possessor*, et réciproquement. Il n'y a donc plus de *bonorum possessio sine re* (*suprà*, n° 567), et l'interdit *quorum bonorum* ne dépossède jamais un héritier.

En définitive, la loi romaine ouvre aux successibles trois routes pour arriver à l'hérédité : ce sont la pétition d'hérédité proprement dite, la *possessoria hereditatis petitio*, et l'interdit *quorum bonorum*. 1° La première, fondée sur le titre civil d'héritier, en exige la preuve. Elle fait succéder à l'universalité civile du défunt, c'est-à-dire à la propriété quiritaire, aux créances et dettes, en un mot, à tous les droits actifs ou passifs et transmissibles. Par voie de conséquence, elle procure la possession des objets héréditaires. 2° La seconde présente les mêmes caractères dans le domaine prétorien. Le demandeur doit prouver qu'il est appelé par le préteur de préférence à son adversaire ; cette démonstration faite, il obtient *in bonis* les objets corporels, se met par l'appréhension *in causâ usucapiendi*, et se trouve *utiliter* investi ou tenu des obligations. 3° Quant à l'interdit, il n'embrassait pas l'*universum jus* du défunt ; son unique résultat immédiat et direct, c'était de rendre possesseur de tous les corps héréditaires, envisagés comme un seul objet complexe. Aussi le demandeur n'était-il pas forcé d'établir, comme dans les deux précédentes actions, que le défunt avait eu la propriété civile ou prétorienne des choses réclamées ; on ne lui demandait que la preuve de la possession du *de cujus*.

Même à l'époque de Justinien, lorsqu'il n'y a plus qu'une seule espèce de *petitio hereditatis*, l'interdit *quorum bonorum* conserve une utilité particulière. Car il donne à la personne qui l'obtient l'avantage de jouer le rôle de défendeur sur la pétition d'hérédité (*Gaïus*, IV, 144 ; *Inst.*, p. 3, *hìc*).

740 *ter*. *De l'interdit Salvien.* — L'interdit Salvien était ouvert au bailleur d'un fonds rural, pour entrer en possession des objets affectés par le fermier au paiement des fermages. Il ne faut pas le confondre avec l'action Servienne, dont il a été déjà question (*suprà*, n° 631).

En effet, tandis que cette action, nominalement propre au *dominus fundi*, finit en réalité, sous l'appellation peu déguisée de quasi Servienne, par sanctionner tout pacte d'hypothèque, il n'y a pas au contraire de texte assez clair ni d'induction assez nette pour étendre le *Salvianum* à tous les créanciers hypothécaires. La

situation privilégiée que le préteur avait attribuée au bailleur de fonds rural par la constitution de l'hypothèque, peut-être a-t-il voulu la lui conserver par l'interdit Salvien, qui lui procurait la possession immédiate et provisoire. Cet interdit s'intente contre tout détenteur, sans distinction (f. 1 pr. et p. 1 ; f. 2, *Dig.*, 43-33).

Il diffère de l'action Servienne à plusieurs égards. Il a d'abord le mérite d'assurer au bailleur le rôle de défendeur sur l'action hypothécaire, et de réduire au rôle de demandeurs les autres créanciers munis d'hypothèques ; cette faveur pouvait être sérieuse, en les forçant à démontrer la priorité de leur droit. De plus, la preuve à faire n'était pas la même sur l'action Servienne et sur l'interdit Salvien. Le *dominus fundi* devait bien, dans l'un et l'autre cas, justifier de l'existence d'un pacte d'hypothèque consenti par le *colonus* ; mais sur l'interdit, comme il ne demandait que la possession, il se contentait d'établir que le fermier l'avait eue au moment de la constitution ; sur l'action, il aurait dû démontrer que le fermier avait la propriété à ce même instant (*suprà*, n° 633) (1).

741. **Interdits retinendæ possessionis.** — Les interdits *retinendæ possessionis*, par eux-mêmes et dans leur application primitive, ont pour objet de protéger le possesseur contre certains actes de nature à troubler sa possession. Ils visent en conséquence deux hypothèses principales : 1° le trouble imminent, dont le possesseur veut se préserver ; 2° le trouble déjà réalisé, dont il réclame la cessation et la réparation.

Mais ces interdits ont une troisième utilité, qui a fini par devenir prépondérante, si bien que Justinien semble y voir la cause originaire de l'organisation de ces formes de procéder. Ils servent à fixer le rôle des plaideurs au pétitoire, autrement dit à déterminer, entre adversaires prêts à débattre une question de propriété, lequel doit avoir la position préférable de défendeur (f. 1, p. 2 et 3, *Dig.*, 43-17 ; *Inst.*, p. 4, *hic*) (2).

Parmi ces interdits, les deux principaux sont appelés *uti possidetis* et *utrubi*, à cause des premiers mots de leurs formules (*Gaïus*, IV, 148 à 153 ; *Inst.*, p. 5, *hic*).

741 *bis*. *Uti possidetis*. — L'interdit *uti possidetis* est double, et

(1) La vérité force à convenir que ces différences sont plus ou moins conjecturales.

(2) On retrouverait là, sous une apparence nouvelle, les anciennes *vindiciæ* de l'*actio sacramenti* (*suprà*, n° 585).

concerne exclusivement la possession des choses immobilières (*Dig.*, 43-17).

A. Les conditions en sont faciles à préciser. Il n'a trait qu'à la possession présente ; en d'autres termes, la victoire appartient à celle des parties qui possède au moment où l'interdit est rendu, l'autre eût-elle possédé auparavant. Mais le possesseur actuel ne l'emporte sur le possesseur antérieur qu'autant qu'il ne lui a pas enlevé la possession par violence ou par surprise, et qu'il ne l'a pas reçue de lui à titre de précariste. Dans la langue des textes, cette règle s'exprime en disant qu'il faut, pour triompher sur cet interdit, ne posséder *nec vi nec clàm, nec precario ab adversario.* Ainsi compris, le principe qui fait prévaloir la possession présente sur la possession passée est de la plus évidente justice.

Du reste, cet interdit ne se donne pas à l'occasion d'un trouble quelconque, et suppose un débat sur la possession. De là résulte que le fait dont se plaint le demandeur doit être de ceux qui impliquent dans leur auteur l'*animus possidendi;* quelle qu'en soit la nature, s'il contredit la possession, il donne lieu à l'interdit. Mais lorsque le trouble, quoique gênant pour notre possession, ne tend pas à la contester, l'interdit *uti possidetis* n'est pas ouvert, et nous devons recourir, suivant les cas, à l'action négatoire, à l'*actio injuriarum*, à l'*actio legis Aquiliæ*, à l'interdit *quod vi aut clàm*, etc. (f. 3, p. 2, 3, 4, 5, *Dig.*, 43-17).

L'interdit *uti possidetis* est annal ; on n'en peut plus faire usage, dès qu'une année s'est écoulée depuis la perte de la possession. Cependant on serait encore admis à réclamer par une action *in factum*, de l'auteur du trouble, ce qu'il aurait gagné au trouble (f. 4, *Dig.*, 43-17).

B. Quels sont les effets de l'interdit *uti possidetis ?* Le juge a le droit évidemment d'adjuger la possession à la partie gagnante, et d'ordonner la cessation du trouble pour l'avenir. Mais en outre, suivant l'opinion la plus probable, la condamnation peut comprendre le dommage antérieur. Car si le contradicteur eût renoncé à sa prétention sur la simple menace ou dès l'ouverture de l'interdit, le préteur aurait délivré à son encontre une action *in factum*, pour réparer le préjudice causé jusqu'alors par son fait. Or il ne saurait échapper, pour avoir suivi jusqu'au bout une lutte téméraire, à la réparation qu'il n'eût pas évitée en déclinant le combat dès le début (f. 1 pr.; f. 3, p. 11, *Dig.*, 43-17).

Des auteurs modernes assignent même à l'interdit *uti possidetis* une troisième fonction, qui est d'imposer au vaincu la promesse de s'abstenir de tout nouveau trouble (caution *de non ampliùs turbando*). Mais cette dernière conséquence n'a pas laissé de traces dans les textes, et ce n'est pas sans injustice qu'on l'attacherait, en principe, à l'insuccès d'un unique débat sur la possession.

Au point de vue de la preuve, celle des deux parties qui se présente la première devant le juge est sans aucun doute demanderesse. A tous autres égards, l'interdit est double, et chaque plaideur reste exposé à la condamnation, selon que le défendeur a la possession actuelle, ou que le demandeur n'a qu'une possession vicieuse envers son adversaire (*ab altero*).

741 *ter. Utrubi.* — L'interdit *utrubi*, double comme le précédent, était pour les meubles la contre-partie de l'interdit *uti possidetis* pour les immeubles (*Dig.*, 43-31).

Il exigeait les mêmes conditions, hormis une différence essentielle dans le droit classique. C'est qu'il faisait prévaloir, non pas la possession présente, mais celle qui, sans vices (*nec vi, nec clàm nec precario*), avait duré le plus longtemps dans l'année immédiatement antérieure au litige. Pour le considérer comme *retinendæ possessionis*, il fallait donc une fiction qui réputât actuelle la possession *majoris partis anni*. Du reste, il jouait souvent le rôle de récupératoire ; car il tenait lieu pour les meubles de l'interdit *undè vi* (*Paul*, V, t. VI, p. 1 ; *infrà*, n° 742 *bis*).

Cette différence entre les interdits *uti possidetis* et *utrubi* subsistait encore au temps de Dioclétien. Mais, dans le droit de Justinien, on ne prenait plus en considération pour l'un et l'autre que la possession actuelle (*Fr. Vat.* 293 ; f. 1, *Dig.*, 43-31) (1).

742. **Interdits recuperandæ possessionis.** — Les interdits *recuperandæ* (ou *reciperandæ*) *possessionis* ont pour objet de procurer le recouvrement de la possession à qui l'a perdue par un fait indépendant de sa volonté.

Dans leur nombre figure l'interdit *de precario*, dont il a été question à propos du précaire (*suprà*, n° 334). Un texte mentionne aussi l'interdit *de clandestinâ possessione* ; il ne concernait sans doute que les choses immobilières, et dut tomber en désuétude le jour où l'on admit que la possession d'un immeuble ne se

(1) Ce texte d'Ulpien a été mis par les compilateurs en harmonie avec la législation de leur époque.

perdait point par une occupation consommée en l'absence du possesseur, tant que cette usurpation ne lui était pas connue (f. 7, p. 6, *Dig.*, 10-3; *suprà*, n° 160).

742 *bis*. *Undè vi*. — Le plus important de cette classe est l'interdit *undè vi*, propre aux immeubles (*Dig.*, 43-16).

A. Pour l'intenter, deux conditions sont requises : 1° il faut avoir eu la possession juridique, de bonne ou de mauvaise foi ; la simple détention est insuffisante ; 2° il faut l'avoir perdue, soi-même ou dans la personne d'un représentant, par l'effet d'une *dejectio* ou d'un fait qui y est assimilé, c'est-à-dire d'une violence physique ou morale. Dans le droit classique, on distinguait la violence ordinaire ou simple, et la violence à main armée, *vis armata* L'interdit fondé sur la première échouait contre le *dejiciens*, s'il n'avait fait que reprendre par la force une possession infectée à son égard de l'un des trois vices déjà signalés (*vi, clàm aut precario*) ; au contraire, l'exception *vitiosæ possessionis* n'était pas admise dans l'interdit *de vi armatâ*. Mais ces deux cas sont confondus à l'époque de Justinien (1) ; il n'y a plus qu'un seul interdit *undè vi*, qui triomphe toujours contre le *dejiciens*, alors même que la *dejectio* aurait son excuse dans un vice de la possession du *dejectus* (f. 1, p. 9, 10, 22, 23, 29; ff. 12, 18, *Dig.*, 43-16; *Gaïus,* IV, 155, *Inst.*, p. 6, *hìc*).

Né du fait délictueux d'une *dejectio*, l'interdit *undè vi* n'est ouvert qu'à l'encontre de l'auteur ou du complice de ce délit, et durant une année seulement. Après ce délai, ou contre les héritiers du coupable, il ne se donne que jusqu'à concurrence du profit retiré de la *dejectio*. Il est donc perpétuel contre le spoliateur saisi de la chose. Les héritiers du *dejiciens* y ont naturellement les mêmes droits que leur auteur. Dans le Bas-Empire, la prescription annale ne court pas contre l'absent qui a subi la *dejectio* dans la personne de son représentant (f. 1 pr., p. 13 et 48; f. 7, *Dig.*, 43-16; C. 1, *Cod.*, 8-5).

B. L'interdit *undè vi* a des effets justement rigoureux. Le spoliateur est tenu de restituer la chose, et tous les fruits qu'il a perçus ou dû percevoir depuis la *dejectio*. De plus, le *dejectus* a droit à la réparation de tout le préjudice qu'il a subi (*omnis causa*). Il n'est pas besoin de rappeler que le *dejiciens*, obligé à raison d'un délit, n'est libéré ni par la perte fortuite de la chose, ni par le fait qu'il ne

(1) La différence disparut probablement lors des mesures prises par Théodose et Valentinien contre les violences privées (*suprà*, n° 415).

possède plus (f. 1, p. 31, 35, 36, 41 ; f. 15, *Dig.*, 43-16; C. 4, *Cod.*, 8-4).

Là s'élève une question. Supposons que Primus dépossède violemment Secundus ; ce dernier peut recourir à l'interdit *uti possidetis*, et la victoire lui est assurée, puisque l'adversaire, quoique possesseur actuel, n'a qu'une possession vicieuse à son égard (*vi*). Dès lors, quel besoin avait-on de créer l'interdit *undè vi?* La réponse est des plus simples. Dans la pratique, l'interdit *uti possidetis* n'était le plus souvent employé que par la personne simplement troublée dans sa possession, et non investie de l'interdit *unde vi*. Quant au *dejectus*, il avait l'option entre l'un et l'autre. *Undè vi* lui offrait d'ordinaire des avantages sérieux ; car, en sa qualité d'interdit simple, il jouissait d'une procédure moins compliquée ; de plus, il procurait des restitutions plus amples et survivait à la chose périe par cas fortuit. Mais il n'est pas impossible que le *dejectus* ait un grand intérêt à se prévaloir plutôt de l'interdit *uti possidetis ;* on n'a qu'à le supposer *in causâ usucapiendi*. Dans ce cas, en recourant à l'interdit *undè vi* qui est *recuperandæ possessionis*, il admet l'interruption de sa possession, et partant de son usucapion. Au contraire, s'il exerce l'interdit *uti possidetis* qui est *retinendæ possessionis*, sa possession est considérée comme légalement continuée, et son usucapion comme ininterrompue. C'est donc au *dejectus* de choisir entre ces deux procédés, qui ont bien l'un et l'autre leurs utilités propres.

743. **Interdits tàm adipiscendæ quàm recuperandæ possessionis.** — Il est parlé de ces interdits dans un passage de Paul, qui restait inexplicable pour les anciens interprètes. Mais un fragment d'Ulpien, découvert en 1835 dans la bibliothèque du palais impérial de Vienne, a levé la difficulté. Il s'y rencontre, en effet, deux exemples de ces interdits ; un troisième est cité dans les *Vaticana Fragmenta*. Ce sont les interdits *quem fundum*, *quam hereditatem*, *quem usumfructum*. La fonction et l'utilité du premier ont été comprises à propos de la revendication (*suprà*, n° 615) ; les deux autres jouent des rôles semblables dans la pétition d'hérédité et dans l'action confessoire. Ils étaient en désuétude au temps de Justinien, qui n'en a conservé dans ses recueils que des vestiges méconnaissables (*Vat. Fr.*, 92).

744. **Interdits quasi-possessoires.** — Les interdits *uti possidetis*, *utrubi*, *undè vi*, protecteurs de la possession proprement dite qui correspondait à la propriété, furent étendus *utilitate suadente* à la

quasi-possession des servitudes personnelles, usufruit, usage, habitation. On se contenta d'en adapter à ce nouvel usage les formules primitives, par d'importantes modifications (*Vat. Fr.*, 90, 91).

Quant à la quasi-possession des servitudes prédiales, les textes font une distinction. S'agit-il de servitudes négatives, elles ne constituent qu'une qualité de fonds, et sont à ce titre comprises dans l'application directe de l'interdit *uti possidetis*. S'agit-il de servitudes positives, elles sont alors garanties, tantôt par le même interdit *uti possidetis* employé *utiliter*, tantôt par des interdits spécialement créés pour les plus importantes ; on peut citer en exemple les interdits *de itinere actuque privato*, *de aquâ cottidianâ et æstivâ*, *de rivis*, *de fonte*, *de cloacis*, etc. (f. 8, p. 5, *Dig.*, 8-5 ; *Dig.*, liv. 43, tit. 19 à 23) (1).

Ces interdits sont appelés, *quasi possessoria* ou *veluti possessoria*.

CHAPITRE XXXI

DES *RESTITUTIONES IN INTEGRUM*.

745. Dans un sens large, on pourrait qualifier de *restitutio in integrum* toute voie de droit fondée sur l'équité, et destinée à rétablir dans l'état de choses antérieur une personne qui a subi un dommage par la rigueur des principes. Mais dans l'acception restreinte et technique, une telle voie de droit ne constitue une *restitutio in integrum* qu'à la condition d'être d'origine prétorienne, et d'impliquer l'intervention immédiate et directe du magistrat.

Ce dernier trait est le caractère saillant de la *restitutio in integrum*. Un magistrat inférieur ne saurait la prononcer à l'époque classique ; car elle est *magis imperii quàm jurisdictionis*. Sous le Bas-Empire, elle devint de la compétence d'un magistrat ou juge quelconque, à l'exception des magistrats municipaux (f. 26 pr. et p. 1, *Dig.*, 50-1 ; C. 3, *Cod.*, 2-47).

§ I

Conditions de la *restitutio in integrum*.

746. La restitution en entier requiert trois conditions principales.

(1) L'interdit de *superficiebus* appartient à la même catégorie (*suprà*, n° 369 ; *Dig.*, 43-18).

A. **Dommage sérieux.** — Il faut que le demandeur ait subi un préjudice de quelque importance ; sinon la rigueur des principes doit suivre son cours. Telle est peut-être la vraie signification de l'adage fameux *de minimis non curat prætor* (f. 4, *Dig.*, 4-1 ; f. 9 pr. f. 49, *Dig.*, 4-4).

B. **Défaut de tout autre moyen.** — Il faut que le demandeur ne puisse obtenir par aucune autre voie de droit la réparation du préjudice dont il se plaint. Car la *restitutio in integrum* est une ressource extraordinaire et de résultats exorbitants, puisqu'elle s'attaque à des actes théoriquement valables. Cependant on a déjà rencontré (*suprà*, n° 129) et l'on va retrouver certaines dérogations à cette règle, pour les deux cas de violence et de dol (f. 16, pr. *Dig.*, 4-4 ; C. 4, *Cod.*, 2-41).

C. **Juste motif de restitution en entier.** — Il faut enfin un juste motif de restitution en entier.

Cette condition suppose d'abord que le dommage ne provient, ni d'un cas fortuit, ni du dol ou de la faute du demandeur. La non-imputabilité est moins rigoureusement exigée des mineurs de vingt-cinq ans (f. 7 pr., *Dig.*, 4-1 ; f. 9, p. 2, 3, 5 ; f. 11, p. 4, 5, *Dig.*, 4-4 ; *Paul*, I, t. IX, p. 1 ; C. 2, *Cod.*, 2-35).

Il doit y avoir ensuite une cause de restitution légalement reconnue. Ces causes, au nombre de six dans l'Édit, sont réduites à cinq sous Justinien. La plus importante et la plus ancienne est la minorité de la personne lésée. Quant aux majeurs, ils sont restituables contre des actes positifs pour violence, pour dol, pour erreur, dans le droit classique pour *capitis deminutio*, et contre toutes omissions excusables (*Paul*, I, t. VII, p. 2).

1° *Minorité.* — On se rappelle la gradation des mesures prises par le préteur dans l'intérêt du mineur de vingt-cinq ans ; elles eurent leur germe dans une loi *Plætoria*, antérieure à l'année 570 de Rome (*suprà*, n° 124). La plus énergique de ces mesures fut la *restitutio*. Elle protége les mineurs de vingt-cinq ans en leur seule qualité, abstraction faite du dol de l'autre partie. L'acte dommageable eût-il été réalisé par le père, le tuteur ou le curateur du mineur, ou par le mineur avec leur intervention, ou même sous l'homologation du magistrat, la minorité forme une cause absolue de restitution en entier (f. 1, p. 1 ; f. 44, 47, *Dig.*, 4-4 ; C. 11, *Cod.*, 5-71 ; C. 8, p. 6, *Cod.*, 6-61).

Mais la règle ne concerne point les mineurs qui ont obtenu la *venia*

ætatis, à moins qu'il ne s'agisse d'aliénations immobilières (*suprà*, n° 126). Le mineur arrivé à la majorité peut d'ailleurs confirmer l'acte dommageable et renoncer au bénéfice de la *restitutio* (C. 1, 3, *Cod.*, 2-45; *Paul*, I, t. IX, p. 3).

2° *Violence.* — Comme la minorité, la violence est une cause générale de restitution en entier. Le plaignant est ici maître de choisir entre la *restitutio* et l'action *quod metûs*, sans doute à raison du caractère pénal de cette dernière. Mais la *restitutio* est plus avantageuse, parce qu'au lieu de n'attribuer à la victime qu'un simple droit de créance, elle remet dans son patrimoine la propriété ou les autres droits réels qu'on lui a extorqués par violence (f. 9, p. 3, 4; f. 21, p. 5, 6, *Dig.*, 4-2; C. 3, *Cod.*, 2-20).

3° *Dol.* — D'après la doctrine aujourd'hui dominante, le dol ne donne lieu à la *restitutio* qu'en certains cas déterminés. Le plus saillant se réalise au profit des créanciers qui veulent obtenir la rescision des actes frauduleux de leur débiteur ; ce procédé leur est plus favorable que la Paulienne personnelle, parce qu'il opère *in rem* et les investit de la Paulienne réelle (*Inst.,* IV, t. VI, p. 6; *suprà*, n° 630 ; voy., f. 7, p. 1, *Dig.*, 4-1 ; f. 33, *Dig.*, 42-1 etc.).

Du reste, la restitution en entier pour cause de dol s'accorde même avant l'action *de dolo*, qui a l'inconvénient d'être infamante.

4° *Erreur.* — L'erreur, comme le dol, n'est une cause de *restitutio* que dans quelques circonstances spéciales et dignes d'intérêt. On confère notamment ce bénéfice aux personnes qui ont traité par erreur avec un non-tuteur (*falsus tutor*), ou qui ont demandé par erreur la séparation des patrimoines en qualité de créanciers, etc. La plupart des autres exemples se rapportent à la procédure (f. 1, p. 6; f. 2, 3 à 5, *Dig.*, 27-6; f. 1, p. 17; f. 3, p. 2, *Dig.*, 42-6; *Inst.*, IV, t. VI, p. 33).

5° *Capitis deminutio.* — Au temps classique, la *minima capitis deminutio* du débiteur éteignait ses dettes en général, et par suite formait une cause évidente et légitime de restitution en entier. Mais on a déjà vu que les dettes du *capite minutus* subsistent de plein droit à l'époque de Justinien; dès lors l'ancienne restitution n'eut plus d'objet (*suprà*, n° 134).

6° *Omissions excusables.* — Cette sixième cause de *restitutio* est la plus large et d'une importance capitale. Elle permet de revenir sur une omission quelconque, pourvu qu'elle soit excusable, suivant la règle commune aux *restitutiones*. On n'examine pas s'il en

est résulté une perte directe ou seulement un manque de gain. Il n'importe pas davantage que l'omission provienne d'une absence ou de tout autre empêchement, et que l'absence soit nécessaire ou volontaire, occasionnée par un intérêt public ou par un intérêt privé. L'Édit du préteur, il est vrai, ne promettait expressément la *restitutio* qu'en vue de certaines hypothèses particulières. Mais il contenait une disposition générale (*clausula generalis*), qui laissait au magistrat la faculté de restituer en dehors des espèces formellement indiquées, et cette clause reçut l'interprétation la plus élastique (f. 1 pr., p. 1 ; f. 26, p. 9 ; f. 28 pr., p. 1, 2 ; ff. 32, 33, p. 1 ; f. 34 à 40, etc., *Dig.*, 4-6 ; *Cod.*, 2-51).

§ II

Demande à fin de *restitutio in integrum.*

747. La demande de restitution en entier est soumise à une courte prescription, d'une année utile dans le droit classique, de quatre ans continus sous Justinien. Le délai ne commence à courir que du moment où cesse la cause de restitution. Plusieurs auteurs fixent néanmoins au jour de la lésion le point de départ de la *restitutio propter metum*, *propter dolum* ou *propter errorem* (f. 19, 39, *Dig.*, 4-4 ; f. 1, p. 1, *Dig.*, 4-6 ; C. 5 et 7, *Cod.*, 2-53).

Le demandeur en restitution est la victime du dommage, et le défendeur est la personne qui en a retiré le profit direct ; le droit se transmet activement et passivement à leurs héritiers. En thèse générale, la *restitutio* est *in personam* et non *in rem ;* autrement dit, le bénéfice n'en est pas ordinairement étendu aux coobligés, et l'on ne peut la poursuivre contre les tiers détenteurs de la chose dont on a été privé, mais seulement contre l'auteur de la lésion. Par exception, il en est autrement lorsque : 1° la *restitutio* se fonde sur la violence, à raison du caractère *in rem* de l'action *quod metûs causâ* elle-même ; 2° le tiers détenteur est de mauvaise foi ; 3° le recours personnel contre l'auteur de la lésion ne suffit pas à la réparation complète du dommage éprouvé. Cette théorie est universellement acceptée de nos jours (f. 6, *Dig.*, 4-1 ; *Paul*, I, t. VII, p. 4 ; f. 13, p. 1, *Dig.*, 4-4 ; C. 7, *Cod.*, 2-22 ; *Inst.*, IV, t. VI, p. 5, 6).

A l'époque des jurisconsultes, la demande de *restitutio in integrum* formait un cas de *persecutio extrà ordinem ;* le magistrat la jugeait

en personne, *causâ cognitâ*, sans renvoi devant un juge. Cette particularité n'a pu survivre à la procédure formulaire (f. 3, *Dig.*, 4-1; f. 11, p. 3, *Dig.*, 4-4).

§ III

Effets de la *restitutio in integrum*.

748. La *restitutio in integrum*, comme toutes les actions rescisoires, tend à la reconstitution de l'état de choses antérieur. Par conséquent, le défendeur est obligé d'effacer tout le dommage qu'il a fait éprouver, et le demandeur de restituer au moins ce dont il s'est enrichi. Dans ce but, le magistrat prononce sur une seule instance les condamnations nécessaires contre chaque plaideur (f. 7, p. 11 et 12; f. 24, p. 4; f. 27, p. 1, 2, 3; ff. 33; 40, p. 1; 47, p. 1; 48, p. 2, etc., *Dig.*, 4-4; C. 1, *Cod.*, 2-48).

Toutefois, lorsque le demandeur poursuivait la résurrection d'un droit éteint, le magistrat se contentait souvent d'en prononcer le rétablissement par un décret, et de rendre au plaignant son action ou son exception perdue. L'action ainsi restituée était *utilis fictitia*; nous en avons rencontré un exemple intéressant dans l'action *rescissoria in rem* faussement appelée contre-Publicienne (*suprà*, n° 626). La doctrine l'oppose, sous le nom de *judicium rescissorium*, au décret restitutoire du magistrat qu'elle qualifie de *judicium rescindens*; c'est le rescisoire et le rescindant de notre langage moderne (*Gaïus*, IV, 38; f. 28, p. 6, *Dig.*, 4-6).

Le préteur s'arrêtait vraisemblablement à ce second parti, quand le droit rétabli était litigieux, et qu'il n'en voulait pas connaître au fond. Il n'avait pas même d'autre marche à suivre, dans le cas où l'action qu'il rendait au demandeur n'était pas encore ouverte. Sous le régime de procédure extraordinaire, c'est uniquement dans cette dernière hypothèse que la *restitutio in integrum* peut encore occasionner une instance ultérieure.

CHAPITRE XXXII

MESURES CONTRE LES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES.

(*Inst.*, IV, t. XVI.)

749. *Contre le demandeur*. — On connaît déjà les pénalités spé-

ciales qui frappent le demandeur coupable de *plus-petitio ;* il perdait au temps classique son procès et son droit (*suprà*, n° 697 *bis*).

Contre le défendeur. — D'autres pénalités restaient propres au défendeur : 1° condamné pour dol, il encourait l'infamie dans l'action *pro socio*, dans les actions directes *tutelæ*, *mandati*, *depositi*, et dans les actions *de dolo*, *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum ;* 2° condamné après avoir nié sa dette, il subissait une condamnation au double dans les actions qui *crescunt in duplum per inficiationem*, et dont l'énumération nous est familière (*suprà*, n° 662).

Contre les deux parties. — Enfin d'autres précautions étaient communes aux deux parties :

1° Chaque plaideur peut exiger de son adversaire et des avocats de ce dernier le serment qu'ils ne soutiennent pas le procès par esprit de chicane (*juramentum calumniæ*). Cette mesure préventive et purement morale remplace, dans la législation de Justinien, différentes sanctions organisées par l'ancien droit contre les plaideurs téméraires de mauvaise foi et même de bonne foi (*Gaïus*, IV, 171 à 181).

2° En règle générale, la partie vaincue est condamnée aux frais du procès ; la partie victorieuse obtient donc la restitution des frais qu'elle a payés. Cependant le juge a la faculté, en tenant compte des circonstances, de compenser les dépens et de mettre ainsi à la charge de chaque partie ses propres frais (C. 5, *Cod.*, 7-51 ; *Nov.* 82, c. x).

APPENDICE FINAL

DES OBLIGATIONS NATURELLES.

750. Le germe des difficultés de la théorie des obligations naturelles, c'est que les jurisconsultes n'appliquent pas tous cette même dénomination aux mêmes idées.

Certains entendent par obligation naturelle le devoir de conscience et de morale. Mais de telles dettes relèvent uniquement du for intérieur et n'ont rien de légal.

D'autres donnent ce nom à celles des obligations munies d'ac-

tion qui dérivent du *jus naturale* ou du *jus gentium*. A ce point de vue, seraient naturelles toutes les obligations accessibles aux pérégrins, c'est-à-dire la plupart des obligations.

Mais le sens technique de l'expression se trouve entre ces deux extrêmes. L'obligation naturelle, telle qu'on va l'étudier, est une obligation productive de quelques effets juridiques et partant reconnue par la loi, mais dépourvue d'action. C'est donc une obligation inférieure, imparfaite, souvent inerte, puisqu'elle manque au moins de la sanction suprême, qui est le droit de poursuite.

Le fondement des obligations naturelles est toujours l'équité. Mais elles ne supposent pas nécessairement une injustice du législateur. Car s'il en est qui proviennent d'une réaction éclairée contre de vieux principes déraisonnables et rigoureux, il y en a qui tendent uniquement à tempérer en fait les conséquences de nécessités très-justifiables en droit. Pour se rendre compte de cette nuance par un exemple, il suffit d'opposer l'une à l'autre l'obligation naturelle qui naît d'un simple pacte, et l'obligation naturelle qui dérive pour le pupille du contrat qu'il a fait *sine tutore*.

Il ne faut pas chercher ici, dans la jurisprudence romaine, un système bâti de toutes pièces ni des vues d'ensemble. On ne peut que rassembler les décisions éparses des jurisconsultes et coordonner leurs principales solutions.

SECTION PREMIÈRE

SOURCES DES OBLIGATIONS NATURELLES.

Les obligations naturelles appartiennent à l'une ou l'autre de deux grandes classes. Il y en a qui ont été des obligations parfaites à l'origine, et qui, dépouillées ensuite de leur force primitive, ont dégénéré en obligations naturelles. Il y en a qui sont imparfaites dès le début et naissent naturelles.

§ I

Obligations naturelles par transformation.

751. Les exemples de cette classe ne sont pas difficiles à trouver.

1° Le créancier institué héritier par son débiteur, et grevé d'un fidéicommis universel, voit sa créance s'éteindre par confusion, à

la suite de son adition volontaire ou forcée. Mais il survit une obligation naturelle (f. 59 pr., *Dig.*, 36-1).

2° Le droit d'un créancier expire dans plusieurs cas par l'effet d'événements judiciaires ou de vices de procédure qui laissent subsister une obligation naturelle. Il en est ainsi de la péremption d'instance après la *litiscontestatio* (*suprà*, n° 684), de la *plus petitio*, des exceptions *procuratoria*, *litis dividuæ*, *litis residuæ*, peut-être du bénéfice de compétence et de la *restitutio in integrum* pour cause de minorité (*suprà*, n°s 746, 712). Quant à la prescription, c'est une question séculaire, et qui divise encore les esprits, que de savoir s'il y faut attacher la même conséquence; pour les partisans de l'affirmative, l'obligation naturelle qui remplace l'obligation prescrite appartient à cette première classe.

§ II

Obligations naturelles de naissance.

752. Parmi les obligations qui naissent naturelles, les moins intéressantes et les plus rares sanctionnent imparfaitement une dette morale que la loi n'a pas voulu consacrer tout à fait; tel est le cas de l'affranchi qui fournit par erreur à son patron des *operæ* dont il se croyait tenu, et qu'on n'admet pas à les répéter (f. 26, p. 12, *Dig.*, 12-6).

Mais, le plus souvent, la formation de ces obligations naturelles est due à quelque obstacle qui les a empêchées de naître civiles. On peut signaler trois principaux obstacles de ce genre.

Lien de puissance entre le créancier et le débiteur. — Abstraction faite de la théorie spéciale des pécules *castrense*, *quasi-castrense* et *profectitium*, on sait déjà qu'entre deux personnes dont l'une est soumise à la puissance de l'autre, ou qui relèvent de la même puissance, les contrats n'engendrent pas d'obligations civiles. Mais il en résulte des obligations naturelles, dont les conséquences sont importantes dans les actions *de peculio* et *tributoria* (*suprà*, n° 689). Les autres effets n'en sont d'ailleurs sensibles qu'après l'affranchissement de l'esclave ou l'émancipation du fils de famille. Tant que dure la *potestas*, ces obligations naturelles sont susceptibles de recevoir les garanties accessoires de la fidéjussion, du constitut, de l'hypothèque, si le chef de famille y joue le rôle

de créancier ; il en est autrement, quand il y figure à titre de débiteur (ff. 38, 64, *Dig.*, 12-6).

Les délits entre personnes unies par le lien de puissance ne font pas naître non plus des obligations civiles; mais il est douteux qu'on doive même y voir une source d'obligations naturelles.

Incapacité du débiteur. — Le consentement des incapables a-t-il au moins la force de produire à leur charge une obligation naturelle? La négative est incontestable à l'égard des *infantes* et des fous, totalement dénués de volonté. L'affirmative prévaut pour les autres.

1° *De l'esclave.* — Ainsi l'esclave, qui s'oblige civilement envers les *extranei* par ses délits, s'oblige naturellement envers le premier venu par ses contrats (*Inst.*, III, t. XX, p. 1 ; f. 14, *Dig.*, 44-7).

Cette obligation naturelle peut avoir tout de suite des conséquences extérieures, en ce sens qu'elle comporte une fidéjussion. Mais elle n'est efficace dans les rapports de l'esclave et du créancier qu'après l'affranchissement. Car, jusqu'à ce moment, l'esclave n'a pas de biens personnels et ne saurait la payer; en outre, son incapacité l'empêche de lui en substituer une autre plus efficace par le moyen de la novation ou du constitut (*Gaïus*, III, 119; f. 19, p. 4, *Dig.*, 39-5).

Du fils de famille emprunteur. — Aux termes du sénatus-consulte Macédonien, le fils de famille qui emprunte de l'argent sans le consentement de son père n'est pas civilement obligé ; mais il reste tenu d'une obligation naturelle, ainsi que toutes les personnes qui interviennent pour lui. Il flotte un nuage sur les effets qu'elle produit; peut-être faut-il lui attribuer plus ou moins d'énergie, suivant que le fils est devenu père de famille ou n'a pas changé de condition (f. 40, *Dig.*, 12-6 ; ff. 9, p. 1 ; 11 ; 20, *Dig.*, 14-6; f. 14, *Dig.*, 12-1).

Du pupille. — Un pupille qui a dépassé l'*infantia* contracte *sine auctoritate tutoris*. S'est-il enrichi, il est passible d'une action jusqu'à concurrence de son profit (*suprà*, n° 111). Dans le cas contraire, est-il au moins obligé naturellement? L'affirmative ne soulève aucun doute à l'époque de Justinien. Pour le droit classique, la question est discutée depuis les glossateurs. Mais, tout en avouant qu'il y eut controverse parmi les jurisconsultes romains, on doit tenir pour certain que la doctrine consacrée par Justinien préva-

lut de bonne heure, et qu'elle eut pour elle les princes de la science, Gaïus, Pomponius, Marcien, Ulpien, Paul et Papinien (*Inst.*, III, t. XXIX, p. 3 ; *Gaïus*, III, 176; f. 42, *Dig.*, 12-2; f. 21 pr., *Dig.*, 35-2; f. 25, p. 1, *Dig.*, 36-2; ff. 44; 95, p. 2, *Dig.*, 46-3 ; f. 3, p. 4, *Dig.*, 3-5, etc.).

Cependant, pour sauvegarder le principe tutélaire de l'incapacité du pupille, il faut admettre que cette obligation naturelle ne valide jamais aucun acte d'exécution, volontaire ou forcé, de la part du pupille encore impubère; elle ne lui est opposable qu'à l'occasion de faits postérieurs à sa puberté. En attendant, on peut la considérer comme efficace à l'égard des tiers.

De la femme en tutelle. — Dans l'ancienne loi, la femme pubère *sui juris* qui contracte *sine tutore* s'oblige naturellement. Cette obligation n'était probablement nuisible qu'aux tiers qui l'avaient garantie, et non à la femme elle-même, lorsqu'elle se trouvait sous la tutelle d'un patron ou d'un ascendant qui en aurait souffert (*Gaïus*, III, 119, 176).

Quant à la femme engagée contrairement au Velléien, elle n'est tenue d'aucune obligation naturelle.

Mineurs de vingt-cinq ans en curatelle et prodigues interdits. — Les prodigues interdits, et les mineurs de vingt-cinq ans (dans la doctrine précédemment admise pour le dernier état du droit), ont une capacité pareille à celle du pupille (*suprà*, nos 123, 126). On est donc autorisé à leur appliquer les règles posées pour ce dernier (f. 25, *Dig.*, 46-1).

Inobservation des formes civiles. — Il est enfin des cas où l'obligation naturelle tient à l'inobservation des formes exigées pour constituer l'obligation civile.

Le principal de ces événements est le pacte nu; car on sait déjà que les *pacta adjecta, prætoria vel legitima* ont fini par engendrer des actions (*suprà*, nos 387, 389 et suiv.). Quant au *pactum nudum*, c'est vainement qu'on a refusé d'y voir une source d'obligations naturelles. Les jurisconsultes romains expriment maintes fois l'idée que toute la valeur des pactes est dans l'équité; or le principe fondamental en notre matière, c'est la proposition de Papinien, que l'équité soutient seule les obligations naturelles (f. 1 pr., *Dig.*, 2-14 ; f. 5, p. 2; f. 95, p. 4, *Dig.*, 46-3).

Pour la même raison de l'inobservation des formes, il ne peut naître aussi que des obligations naturelles : 1° des stipulations

post mortem meam ou *tuam*, *pridiè quàm moriar* ou *morieris*; 2° des stipulations ou promesses faites par un pérégrin dans la forme *spondes spondeo*. A raison même du motif purement arbitraire et subtil qui leur faisait refuser la qualité d'obligations civiles, on doit penser que ces obligations naturelles produisaient tous les effets qu'il nous reste maintenant à déterminer (*Gaïus*, III, 116, 117, 119).

SECTION DEUXIÈME.

EFFETS DES OBLIGATIONS NATURELLES.

Les effets de l'obligation naturelle sont variables et flottants. Les textes en indiquent plusieurs, sans les attacher tous ensemble à tous les cas.

§ I

Effets caractéristiques.

753. Un caractère négatif de l'obligation naturelle, c'est de n'engendrer pas d'action. Le *vinculum juris*, ainsi dépouillé de sa principale force, est assez imparfait pour expliquer la qualification d'*inutilis* ou *nulla* que les textes donnent souvent à l'obligation naturelle. Mais elle offre aussi des caractères positifs ; examinons-la par cette face vivante.

1° Le principal et le plus constant des effets de l'obligation naturelle, c'est de rendre un payement possible. En d'autres termes, partout où la *condictio indebiti* manque à la personne qui a payé dans la croyance qu'on pouvait la poursuivre, et partout où la personne qui a payé en connaissance de cause ne fait pas une donation, il y a une obligation naturelle. C'en est là le *criterium* direct et la pierre de touche (f. 1, p. 17, *Dig.*, 35-2 ; f. 16, p. 4, *Dig.*, 46-1 ; f. 94, p. 3, *Dig.*, 46-3).

§ II

Effets accidentels.

754. A cet effet principal et presque inséparable de l'obligation naturelle, il peut s'en joindre de moins ordinaires. Les textes signalent tantôt l'un, tantôt l'autre.

2° Ainsi, dès l'instant qu'on admet la possibilité du payement,

il faut en dire presque toujours autant des opérations ou garanties qui ont pour objet de l'assurer, telles que la fidéjussion, le constitut, l'hypothèque, etc. (f. 7 ; f. 8, p. 2, *Dig.*, 46-1 ; f. 46, *Dig.*, 35-2 ; f. 20, p. 1, *Dig.*, 39-5 ; f. 1, p. 7, *Dig.*, 13-5 ; f. 5 pr. *Dig.*, 20-1 ; C. 19, *Cod.*, 6-50).

3° L'obligation naturelle devient souvent le support d'une *adstipulatio ;* l'action refusée au créancier est alors accordée à l'*adstipulator*. De même, l'obligation naturelle donne un fondement valable à la novation, et suffit même à nover une obligation civile (f. 1, p. 1, *Dig.*, 46-2).

4° La conséquence la plus grave, mais probablement la plus rare, de l'obligation naturelle, c'est qu'elle peut servir de cause à la compensation (f. 6, *Dig.*, 16-2).

755. **Conclusion.** — En somme, la possibilité du payement et de la compensation aboutit à donner au créancier la faculté de se prévaloir de l'obligation naturelle par voie de rétention ; c'est l'explication du droit de préférence reconnu au père de famille dans l'action *de peculio* (*suprà*, n°s 689, 690). Accompagnée d'une *adstipulatio*, d'une sûreté, ou suivie d'une novation, l'obligation naturelle est la cause indirecte d'une action.

S'il fallait attacher toujours l'ensemble de ces divers effets à toutes les obligations naturelles, il serait exact de dire qu'elles n'ont d'autre infériorité sur l'obligation civile que le défaut d'action. Mais à l'exception de la possibilité du payement, les autres conséquences n'ont rien de fixe et se groupent plus ou moins nombreuses autour de chaque hypothèse. Bien mieux : pour une même obligation naturelle, la concession de tel ou tel effet dépend des circonstances et des personnes. Il n'y a donc pas de règles générales, et les textes ne fournissent aucun moyen d'en établir.

Par conséquent, puisque ces obligations naturelles se présentent à des degrés divers d'énergie, on n'en saurait donner qu'une définition large et flexible. Ce sont des obligations dont le payement, non exigible par voie d'action, échappe à la *condictio indebiti* quand il est fait volontairement, et qui peuvent produire telles ou telles autres conséquences juridiques, suivant les cas.

En un mot, l'obligation naturelle est une obligation civile plus ou moins imparfaite.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

3259-77. — CORBEIL, TYP. DE CRÉTE.



